QUARTO LIVRO

DAS

ORDENAÇÕES.

QUARTO LIVRO

DAS ORDENAÇÕES.

TITULO I.

Das compras e vendas, que se devem fazer por preço certo (1).

As compras e vendas se podem fazer, não sómente quando o vendedor e comprador stão presentes e juntos em hum lugar mas aindaque o vendedor stê em hum lugar e o comprador em outro, consentindo ambos na venda, e acordando-se per cartas, ou mensageiros, contentando-se o comprador da cousa, e o vendedor do preço.

E póde-se isso mesmo (2) fazer a venda, postoque a cousa comprada não stê presente diante o comprador e vendedor, consentindo ambos na venda (3).

M.—liv. 4 t. 23 pr.

1. E para a venda ser valiosa, será o preço certo, em que se o comprador e vendedor acordarem.

E portanto, se o vendedor dissesse ao comprador: *Vendo-vos esta cousa por quanto vós quizerdes*, ou *por quanto eu quizer*, esta venda não valerá.

Porém, se o comprador e o vendedor se louvarem em algum homem, deixando em seu a bitrio, que lhe assine o preço, por que a cousa seja vendida, declarando elle o preço, valerá a venda. Mas se esse, que houvesse de pôr o preço, morresse antes que o declarasse, não valerá a venda.

E arbitrando esse terceiro o preço da cousa assi vendida desarrazoadamente, em maneira que alguma das partes não seja contente de seu arbitramento, deve-se a parte descontente soccorrer ao Juiz, a que o conhecimento pertencer, que mande fazer outro arbitramento per homens bons.

E o dito Juiz constrangerá o vendedor e comprador, que se louvem em homens bons dignos de fé, que tenhão conhecimento e sabedoria da tal cousa, os quaes per juramento dos Santos Evangelhos fação outro novo arbitramento.

E se ambos se acordarem em huma tenção stêm as partes por seu arbitramento.

E não se acordando, então arbitre esse Juiz com elles.

E acordando-se elle com cada hum dos ditos arbitradores, isto fique firme e valioso por firmeza do dito contracto (1).

M.—liv. 4 t. 23 § 1.

2. E postoque o preço da causa comprada se não possa commetter ao comprador, ou vendedor, póde-se porém commetter a cousa comprada, ou vendida a aprazimento do comprador.

Assi como se o vendedor vendesse hum tonel de vinho, ou de azeite, ou hum scravo, ou huma besta, e o comprador comprasse essa cousa, contentando-se della a tempo certo, em tal caso, se durando o dito tempo o comprador fôr della contente, valerá a venda, e será firme; e não se contentando della, não valerá o contracto.

E não declarando expressamente no dito tempo ao vendedor como não he contente, ficará a venda firme (2).

M.—liv. 4 t. 23 § 2.

TITULO II.

Das compras e vendas, feitas per sinal dado ao vendedor simplesmente, ou em começo de paga.

Fazendo-se compra e venda de alguma certa cousa por certo preço, depois que o contracto he acordado e firmado pelas partes,

---

(1) Vide sobre contracto de compra e venda Pantaleão Guerra—*Com.*, Caldas—*de Emptione*, Silva—*Com.* nos seguintes arts.:

1.º—*De natura et substancia emptionis, ac ejus requisitis.*

2.º—*De arrhis in contractu emptionis, et venditionis.*

3.º—*De pretio rerum.*

4.º—*De læsione.*

5.º—*De personis qui emere, et vendere possunt, vel non?*

6.º—*An, quis invitus emere, vel vendere cogi possit, vel non?*

7.º—*De rebus quæ emi, vendique possunt, vel non.*

§ Unico—*De Officiorum venditione.*

Além destes authores consulte-se tambem Corrêa Telles—*Digesto Portuguez* t. 3 de n. 182 á 482, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* de § 804 á 827, T. de Freitas—*Consol.* de art. 510 á 604, e Ramos—*Apontamentos sobre Contractos* no tit. 2 cap. 7 de n. 788 á 1106.

(2) Vide nota (3) a Ord. do liv. 1 t. 10 § 1.

(3) Vide Barbosa, Silva, e Guerra nos respectivos com., Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 542, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 3 § 10 e liv. 4 t. 3 § 11, e Almeida e Souza—*Fasciculo* to. 2 pag. 134.

(1) Vide Barbosa, Silva, e Guerra nos respectivos com., Silva Pereira—*Rep. dos Ords.* to. 1 notas (*c*), (*a*) e (*b*) á pag. 542 e 543, Mello Freire—*Inst.* liv 1 t. 2 § 22 nota, e liv. 4 t. 3 § 14, Almeida e Souza—*Execuç.* pag. 61 e 323, *Diss.* pag. 148, *Notas á Mello* to. 1 pag. 58, to. 3 pag. 524, e *Obrig.* pag. 441, e 448.

(2) Vide Barbosa e Silva nos respectivos *com.*, e Almeida e Souza—*Obrig.* pag. 440.

não se póde mais alguma dellas arrepender sem consentimento da outra. Porque, tanto que o comprador e o vendedor são acordados na compra e venda de alguma certa cousa por certo preço, logo esse contracto he perfeito e acabado, em tanto que dando, ou offerecendo o comprador ao vendedor o dito preço, que seja seu, será elle obrigado de lhe entregar a cousa vendida (1), se fôr em seu poder; e se em seu poder não fôr, pagar-lhe-ha todo o interesse, que lhe pertencer (2), assi por respeito do ganho, como por respeito da perda (3).

M.—liv. 4 t. 24 pr.

1. E no caso, onde o comprador e vendedor tivessem acordada e firmada sua compra e venda de certa cousa por certo preço, e o comprador désse logo ao vendedor certo dinheiro em sinal por segurança da compra, se o comprador se arrepender, e se quizer affastar do contracto, podê-lo-ha fazer; mas perderá o dinheiro, que assi deu em sinal (4).

E bem assi se o vendedor, que o sinal recebeu do comprador, se quizer arrepender o affastar da venda, podê-lo-ha fazer; mas tornará ao comprador todo o dinheiro, que delle recebeu em sinal, com outro tanto.

E esta pena he dada ao comprador e vendedor, porque não quizeram confiar da perfeição do contracto, e quizeram usar de outra nova provisão, convém a saber, de dar e receber o sinal (1).

M.—liv. 4 t. 24 § 1.

2. E isto se não entenderá nas compras e vendas, que se fazem per Corretores entre alguns Mercadores estrangeiros, ou visinhos sobre algumas mercadorias; porque em tal caso, aindaque o comprador dê algum dinheiro em sinal ao vendedor, não deixará portanto a venda ser em todo firme, sem alguma das partes se poder mais arrepender della sem consentimento da outra parte; porque assi foi sempre usado entre os Mercadores (2).

M.—liv. 3 t. 24 § 2.

3. E se depois da compra e venda acabada per consentimento e firmeza das partes, o comprador der ao vendedor certo dinheiro em parte de paga, ou em sinal e paga, como alguns costumam fazer, não se poderá jámais alguma das partes arrepender e sahir do contracto sem consentimento da outra parte, aindaque queira perder o dinheiro, que deu em parte de paga, ou em sinal e paga, ou outro tanto, como o que recebeu; porque pelo dinheiro, que foi dado em sinal e em paga, ou em parte de paga, ficam esses contractos de compra e venda mais perfeitos, que onde sómente foi dado em sinal, e não em parte de paga (3).

M.—liv. 4 t. 24 § 3.

TITULO III.

Que quando se vende a cousa, que he obrigada, sempre passa com seu encargo.

Se o devedor, que obrigou alguma sua

---

(1) Esta Ord., diz Suzano, parece opposta á do tit. 5 á em quanto dispõe que o vendedor seja o primeiro entregar a cousa vendida ao comprador; mas o que ambas querem dizer he que aquelle que primeiro insistio no cumprimento do contracto, esse seja o primeiro que entregue a cousa ou o preço que estiver em si.

(2) Vide Ord. deste liv. t. 19. A perda que o comprador possa soffrer, ou lucro a perder he assim considerado pelo Direito Romano: — *Damna et interesse in eo consistit, quantum mihi abest, quantumque lucrare potui.* D. 13 ff. *rat. hab.*

(3) Vide Barbosa, Silva, e Guerra nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 notas (*d*) e (*e*) á pag. 543, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 14, Almeida e Souza—*Fascic.* to. 2 pag. 55, *Dir. Emphy.* to. 3 pag. 13, e *Aval.* pag. 202, e T. de Freitas—*Consolid.* art. 511 nota e 514 nota.

(4) Esta disposição com a do § 3 parece estar em contradicção, apresentando difficuldades na sua execução no caso de não haver declaração se o signal he *simplesmente* penhor, ou tambem começo de paga.

Silva no *com.* á rubrica art. 2 n. 25, e Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*d* á pag. 880, sustentão a doutrina, que em vista desta Ord., na duvida o signal dado entende-se por penhor, e não por começo de paga. Pedro Barbosa na sua obra *desoluto matrimonio* (l. 23 § *fin.* ff). n. 38, Caldas—*de Emptione* cap. 18 n. 39, e Pantaleão Guerra—*Com.* glos. unica, pag. 101 seguem o contrario.

Esta ultima opinião he mantida por Almeida e Sousa na Dissertação segunda do to. 2 do *Fasciculo*, onde magistralmente trata da materia; por Corrêa Telles—*Digesto Portuguez* t. 3 art. 353, T. de Freitas—*Consol.* arts. 515 e 516 notas, Ramos—*Apontamentos juridicos sobre contractos*, de art. 799 usque 802.

Coelho da Rocha—*Dir. Civ. Port.* § 740 nota, diz o seguinte sobre a conciliação destas duas Ords:

« Duas difficuldades graves se offerecem relativamente ao signal nos contractos, ás quaes dá lugar a ambiguidade da *Ord.*—1.ª Quando na falta de declaração se deva entender, que o signal he dado em principio de paga? Lobão—*Fasciculo* to. 2 *Diss.* 2 § 4, sustenta que em regra se deve entender em principio de paga: e o *Cod. da Prussia* p. 1 t. 5 art. 208, estabelece que sómente não será tido por dado á conta de paga, quando constar de um objecto differente daquelle que deve o que deu o signal.

« 2.ª Se o simples signal contém effeito suspensivo, ou resolutivo, isto he, se o contracto fica perfeito, e se desfaz pela reposição do signal, ou se fica suspenso, e por aperfeiçoar até esse tempo; porque no primeiro caso o perigo da cousa deve ser por conta do credor, o no segundo por conta do devedor della?—A *Ord.* citada parece dar-lhe effeito resolutivo: mas nisto vão se encontrar as difficuldades ponderadas pelo *cit.* Lobão—§ 5, que vem a ser o absurdo de ajuntar á convenção uma clausula, que em lugar de tender a confirmar e segurar o contracto, tende a annulla-lo.

« O *Cod. Civ. Francez* no art. 1.590, considera o contracto, a que accede o signal, como simples promessa de vender; e então claro he que o seu effeito he suspensivo. »

(1) Vide Barbosa, Silva, e Guerra nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t, 9 § 28, e liv. 4 t. 3 § 14, Almeida e Souza—*Fascic.* to. 2 pag. 39, e T. de Freitas—*Consolid.* arts. 515 e 516 e notas.

(2) Vide Barbosa, Silva, e Guerra nos respectivos com. Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 14, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 544, e nota (*b*) á pag. 549.

(3) Vide Barbosa, Silva, e Guerra nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) á pag. 549, Mello Freire — *Inst.* liv. 4 t. 3 § 17, Almeida e Souza—*Fascic.* to. 2 pag. 39, *diss.* 2, e T. de Freitas—*Consol.* art. 517 § 2 e nota.

cousa ao seu credor, a vender a outrem, ou a alhear per qualquer outra maneira, e a passar a seu poder, passará a cousa com seu encargo da obrigação, e poderá o credor demandar o possuidor della, que ou lhe pague a divida, por que lhe foi obrigada, ou lhe dê e entregue a dita cousa, para haver per ella pagamento de sua divida; demandando porém o credor primeiro o seu devedor (1), e fazendo em seus bens e de seu fiador (se o tiver dado) execução, como se per Direito deve fazer (2).

M.—liv. 4 t. 33 pr.

1. Esta demanda lhe poderá fazer até dez annos cumpridos, se ambos, credor e possuidor, eram moradores em huma Comarca.

E sendo moradores em desvairadas Comarcas, então lhe poderá ser feita a demanda até vinte annos acabados. Os quaes dez annos e vinte se contarão do primeiro dia, que a cousa foi a poder do possuidor com titulo e bôa fé (3).

E vindo a cousa obrigada a poder do possuidor sem titulo algum, poder-lhe-ha

(1) Hoje as hypothecas estão reguladas pela novissima legislação, que se lê nos *additamentos* ao liv. 3. Cumprindo notar que segundo o D. n. 482—de 14 de Novembro de 1846 art. 13 esta disposição se acha revogada, visto como por esse art. o credor da hypotheca tem o direito de penhorar os bens sujeitos onde quer que se achem.

Vide Ord. deste liv. t. 79 § 3, e T. de Freitas—*Consol.* art. 1295 nota (1).

Entretanto para conhecimento do antigo direito, cumpre consultar Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 notas (*a*) e (*b*) á pag. 677, e nota (*á*) á pag. 678, cuja doutrina foi assim resumida por Suzano:

« Excepto: 1º se a cousa tinha em si mesma algum onus ou encargo real ou pessoal, como no censo.

« 2.º Se consta notoriamente que o devedor ou fiador são tão pobres, que não possão pagar.

« 3.º Se no contracto estiver a clausula *constituti*, i. e., que o devedor se constitue possuidor em nome do credor.

« 4.º Estando imposta a clausula de não alhear a cousa.

Nestes casos pode-se demandar logo o possuidor sem o principal devedor.

Vide tambem Ord. deste liv. t. 39 § 3.

(2) Vide Barbosa, Silva, e Guerra nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 47, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 4 § 11, liv. 3 t. 14 § 16 e 17, e liv. 4 t. 3 § 28 e t. 6 § 18, Almeida e Souza—*Seg. Lin.* to. 1 pag. 185, *Fascic.* to. 2 pag. 77, e Corrêa Telles—*Interp.* § 43.

(3) Vide Barbosa, Silva, e Guerra nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 63 e 92, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 4 § 5, e Almeida e Souza—*Interdictos* pag. 251, *Fascic.* to. 1 pag. 129 e 208, *Dir. Emph.* to. 2 pag. 187, *Notas á Mello* to. 2 pag. 70, 166, 171 172, e 187, e *Obrig.* pag. 346 e 351.

Passando a hypotheca a terceiro possuidor, he conveniente tambem cita-lo, quando se demandar o primeiro, para não se allegar prescripção, como se acha determinado na Ord. deste liv. t. 79 pr. e § 3.

O espaço dessa prescripção (adquisitiva) he de 10 annos entre presentes, e vinte entre ausentes (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 679).

Mas na conformidade do art. 255 do D. n. 3453—de 26 de Abril de 1865 essa prescripção só poderá valer contra a hypotheca inscripta, se o titulo da mesma prescripção não estiver transcripto. O tempo da prescripção corre da data da transcripção do titulo.

Convem ler sobre esta Ord. os arts. 1322 usque 1326 da *Consol.* de T. de Freitas, e notas respectivas.

a demanda ser feita pelo credor até trinta annos cumpridos (1), contados pelo modo sobredito.

E se a cousa obrigada sempre fôr em poder do devedor, ou de seu herdeiro, ou de algum outro credor, a que depois fosse apenhada, possuindo-a por virtude do dito apenhamento, nestes casos podera ser feita a demanda até vinte annos entre os presentes, e quarenta entre os absentes (2), contados do dia, que a obrigação fôr feita, em diante; salvo se constar da má fé dos sobreditos, porque então em nenhum tempo poderão prescrever.

M.—liv. 4 t. 33 § 1.
S.—p. 6 t. 6 l. 1.

TITULO IV.

Da venda de bens de raiz, feita com condição, que tornando-se até certo dia o preço, seja a venda desfeita (3).

Licita cousa he, que o comprador e vendedor ponham na compra e venda, que fizerem, qualquer cautéla, pacto e condição, em que ambos acordarem, com tanto que seja honesta, e conforme a Direito (4):

(1) Vide T. de Freitas—*Consol.* art. 1325 e nota.

(2) Segundo o art. 254 do D. n. 3453—de 26 de Abril de 1865, a prescripção da hypotheca he a mesma da obrigação principal, e sómente póde ser provada por sentença judicial que a declare; e he desta sorte que se fará a averbação.

Neste paragrapho termina o commentario de Pantaleão de Araujo Netto e Guerra, interessante pelas questoes que agita, e á que dá lugar o exame dos trez primeiros titulos deste liv., ainda que hoje muitas sem interesse em consequencia da nova legislação hypothecaria.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Gama—*Dec.* 28, 128, 138 e 178, e Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 2 pag. 410.

(4) T. de Freitas—*Consol.* arts. 550 e 586 § 6 notas diz o seguinte:

« Nas vendas dos escravos são licitas as seguintes clausulas:

« De serem libertados l. 16 pr., e l. 30 pr. ff. *qui et à quib. manumiss*, l 20 § 2 ff. *de manumiss.*

« De não serem libertados l. 9 § 2 ff. *qui et à quib. manumiss.* et l. 9 ff. *de manumiss.*

« De serem vendidos para fóra de um lugar.

« Nos dous primeiros casos acima he inutil a estipuação de clausulas penaes.

« Assim como he livre vender escravos com a clausula de não serem libertados (not. ao art. 550), tambem he possivel deixa-los em testamento com essa mesma clausula.—l. 9 § 2 ff. *qui et à quib. manumiss.* e l. 9 ff. *de manumiss.* »

A clausula de não serem *libertados os escravos* he immoral, se acha em desaccordo com as nossas instituições religiosas e politicas, e não póde ser tolerada, maxime em vista do § 10 da L. de 18 de Agosto de 1769; assim como a de ser vendido o escravo para fóra do Imperio, por isso que o senhor entre nós he somente dono dos *serviços do escravo*, e não do seu corpo, como entre os Romanos.

O Estado lhe deve protecção quando se quizer tentar semelhante expatriação (P. de 29 de Novembro de 1779).

Consulte-se tambem sobre esta Ord. Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 notas (*b*) e (*a*) á pags. 859 e 863, importantes para consultar.

O vendedor tem direito, no praso da remissão, de reclamar o objecto vendido do poder do terceiro. e neste sentido regista o mesmo Silva Pereira a seguinte nota do Dez. Oliveira:

« *An hoc pactum producat actionem realem contra ter-*

e por tanto se o comprador e vendedor na na compra e venda se acordassem, que tornando o vendedor ao comprador o preço, que houvesse pela cousa vendida, até tempo certo, ou quando quizesse, a vénda fosse desfeita, e a cousa vendida tornada ao vendedor, tal avença e condição, assi acordada pelas partes val: e o comprador, havendo a cousa comprada a seu poder, ganhará e fará cumpridamente seus todos os fructos e novos (1), e rendas (2), que houver da cousa comprada, até que lhe o dito preço seja restituido (3).

M.—liv. 4 t. 27 pr.

1. E isto ha lugar, quando a cousa he vendida por justo preço, como diremos no Titulo 67: *Dos contractos usurarios*. Porque, se a cousa fosse vendida por menos a quarta parte do justo preço, e na venda fosse posto o dito pacto, neste caso, concorrendo juntamente o grande desfallecimento do preço justo com a dita convença e pacto, fazem o contracto ser usurario (4).

M.—liv. 4 t. 27 § 1.

2. E bem assi, se o contracto de compra e venda fosse feita com o dito pacto per homem, que tivesse em costume onzenar (1), ainda que fosse a venda feita por justo preço, será o contracto julgado por usurario; porque o dito pacto, assi posto no contracto da compra e venda per homem costumado onzenar, faz o contracto ser usurario, quer fosse culpado em o dito costume o comprador, quer o vendedor.

E nestes dous casos haverá o comprador a pena, que no Titulo 67: *Dos contractos usurarios* poremos ao que dá dinheiro á onzena, assi do perdimento do principal em dobro, como do degredo, assi pola primeira vez, como pola segunda e terceira, e o vendedor perderá sómente a cousa, que assi vendeu; e tudo para a Corôa dos nossos Reinos.

E quanto aos fructos, que o comprador tiver recebidos, será obrigado de os tornar ao vendedor, ou sua verdadeira estimação, segundo o que valeram commummente ao tempo, que os colheu, e não se perderão para Nós (2).

M.—liv. 4 t. 27 § 2.

TITULO V.

Do comprador, que não pagou o preço ao tempo, que devia, por a causa não ser do vendedor (3).

Se o comprador fôr entregue da cousa que comprou, e antes de pagar o preço ao vendedor, lhe fôr dito, que a cousa não he do vendedor, não será obrigado a lhe pagar o preço; e se lhe já tiver pago parte delle, não será obrigado a lho acabar de pagar, até que o vendedor lhe dê bons fiadores leigos e abonados, que sendo-lhe a cousa vencida, lhe componham o vencimento della (4).

Porém, se o vendedor tiver tantos bens de raiz desembargados, que bastem para inteiramente cumprir o vencimento da cousa, sendo vencida, não será obrigado dar fiança, pois tem bens, per que componha o vencimento della (5).

M.—liv. 4 t. 37 pr.

---

tium? Vide Berlich p. 2 concl. 2 ex. n. 11, Harpect. in § 4. *Inst. de empt. et vend.* n. 11, Fontanel.—*decs.* 79 e 80, Cortead. — *dec.* 149 n. 56. *Sed nos negative judicavimus* na causa de appellação de Portalegre de João Tavares com Alvaro Pires, Escrivão Francisco Corrêa de Brito, em Fevereiro de 1678. »

(1) *Novos*, substantivo antiquado, significando renovos, novidades, fructos, novidades, etc. Ord. liv. 4 t. 33.

(2) Vide nota (4) á esta Ord.

Suzano em nota á esta Ord. exprime-se por esta fórma, resumindo em parte a Silva Pereira nos lugares supra citados:

« Porém note-se, que ajustando-se o tempo em que a cousa ha de ser restituida, passado elle, não he mais o comprador obrigado; e não se ajustando, he só obrigado até trinta annos, *ex.* t. 79; e se o comprador tiver passado a cousa a outrem, ha duvida se o primeiro vendedor a póde ir buscar; mas a melhor opinião he, que sim (principalmente se o primeiro vendedor não foi citado para remir, ou ver traspassar).

« O direito de remir passa aos herdeiros; mas se elles forem muitos, não compete a hum só, compete a todos juntos; e querendo hum só remir, deve dar caução de restituir aos outros os seus quinhões, e pôr a salvo o comprador.

« Da remissão não se deve sisa; mas se fôr feita depois de passado o tempo do ajuste, deve-se, porque importa huma nova venda.

« Se o vendedor depositar o preço em juizo, dahi em diante deve o comprador restituir-lhe os fructos, e dividir *pro rata* com as despezas que se devem descontar, os que nesse tempo estiverem pendentes. E note-se, que restituida a cousa, deve o que a recebe restituir tambem as despezas da siza, e escriptura que o comprador pagou quando comprou, e as bemfeitorias que depois fez. *Pacto*. Veja-se t. 17 § 6. »

(3) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 14 § 19, e liv. 4 t 3 §§ 14 e 15, Almeida e Sousa—*Fascic* to. 1 pags. 220 e 250, to. 2 pag. 77, *Dir. Emph.* to. 3 pags. 420, 443 e 453, *Dir. Dom* pag. 55, e T. de Freitas—*Consol.* arts. 550, 551 e 520 e notas.

(4) Hoje por uma extravagante doutrina economica cessarão as usuras. O que outr'ora era um delicto passa hoje por uma acção licita, ao menos perante a lei.

Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota *(a)* á pag. 865 e to. 1 notas *(a)* e *(b)* á pag. 545, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 8 § 20, liv. 3 t. 14 § 19, Almeida e Souza—*Fascic.* to. 1 pag 271 e 368, *Obrig.* pag. 213. *Dir. Emph.* to. 3 pag. 453, e *Notas á Mello* to. 1 pag. 314, e Corrêa Telles—*Interp.* § 23 e 28.

(1) *Onzenar*, i. e., pedir grande usura, ou interesse. *Onzena*, usura.

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords* to. 3 nota *(a)* á pag. 866 e 867, e Almeida e Souza—*Execuç.* pag 88, *Fascic.* to. 1 pag. 368, e t. 3 pag. 76 e 78, *Notas á Mello* to. 1 pag. 314, e *Aval.* pag 49.

Cumpre notar que pelo que respeita aos fructos só ha direito antes da contestação da lide

(3) Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) á pag. 545, e Almeida e Souza—*Aval.* pag. 174.

(4) Deve-se por via judicial. Macedo—*Dec.* 26 n. 1. e Caldas—*de Empt.* cap. 23 n. 14.

(5) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) pag. 545 e 551, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 4, e Almeida e Souza—*Diss.* pag. 88, *Fascic.* to. 1 pag. 447, *Dir. Emph.* to. 2 pag. 13. *Dir. Dom.* pag. 55.

1. E por quanto, tanto que a compra e venda fôr acabada per cousentimento das partes, deve o vendedor entregar primeiro a cousa vendida ao comprador, e depois o comprador lhe deve logo pagar o preço, se o vendedor recuzar entregar primeiro a cousa vendida ao comprador (1), receando de não poder delle haver o preço, e o comprador não confiar ds vendedor, duvidando haver delle a cousa comprada, sem lhe primeiro pagar o preço.

Mandamos, que a cousa vendida e o preço sejam entregues em mão de homem fiel, o qual tanto que de tudo fôr entregue, faça as partes contentes, dando ao vendedor o preço, e ao comprador a cousa; e tanto que o comprador fôr entregue da cousa comprada, e pagar o preço ao vendedor, ou offerecer, logo he feito della senhor; e não pagando, nem offerecendo logo o comprador o preço ao vendedor, poderá o vendedor cobrar delle a cousa, quando quizer, como sua; salvo se ao tempo do contracto entre elles feito, ou ao tempo da entrega da cousa vendida, o vendedor se houve por pago do preço, porque então será o comprador feito senhor della, como se o tivesse pago, ou offerecido ao vendedor.

M.—liv. 4 t. 37 § 1.

2. E se o vendedor ao tempo do contracto deu spaço ao comprador para lhe pagar o preço, se lh'o elle não pagar ao tempo, que lhe foi outorgado, poderá o vendedor logo cobrar a cousa do comprador, se a tiver em seu poder, ou de qualquer outra pessoa, em cujo poder a achar.

E não se poderá escusar de lha tornar, posto que lhe offereça o preço, pois lho não pagou, nem offereceu ao tempo, que se obrigou.

Porém, se o vendedor quizer antes haver o preço, que a cousa vendida, podel-o-ha demandar e haver, quando lhe aprouver (3).

M.—liv. 4 t. 37 § 2.

3. E vendendo algum homem alguma cousa movel, ou de raiz sob condição, que se lhe o comprador não pagar o preço della ao dia por elle assinado, a venda seja nenhuma, se o comprador até o dito dia não pagar, a venda será nenhuma, conforme a condição della. Mas, se passado o dia da paga o vendedor requerer ao comprador, que pague o preço da cousa comprada, que lhe houvera de pagar no dia já passado, não poderá já desfazer a venda contra vontade do comprador, porque deixou o direito, que tinha; pois podéra desfazer a venda per bem da condição, por lhe não ser feita a paga, e pediu e demandou o pagamento, sendo passado o dito dia (1).

TITULO VI.

Do que compra alguma cousa obrigada a outrem, e consigna o preço em Juizo por não ficar obrigado aos credores (2).

Comprando alguem alguma cousa movel, ou de raiz, se quizer ser relevado de o poderem mais demandar, por razão da cousa ser a outrem obrigada, tanto que a com-

---

(1) Para que o contracto fique perfeito, e passe a cousa ao dominio do comprador, he indispensavel prévia entrega ou tradição. Mas a entrega não se entende feita sem a competente paga. Ord. deste liv. t. 7 pr.

Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire — *Inst.* liv. 3 t. 11 § 17, Almeida e Souza — *Interdictos* pag. 62, e *Dir. Emph.* to. 2 pag. 12, e *Fascic.* to 2 pag. 274, T. de Freitas—*Consol.* art. 528 e nota, e Rebouças—*Obs.* ao mesmo art.

(2) O Ass. de 15 de Junho de 1826 declarou que sendo feita em hasta publica a venda de um predio emphyteutico, penhorado com seus rendimentos, depositado logo o seu preço e competente sisa deve-se reputar por feita a cómpra, e o arrematante senhor do predio, fazendo os fructos seus, ainda mesmo sem a entrega e posse do dito predio.

(3) Esta Ord. foi revogada pelo Al de 4 de Setembro de 1810, que se lerá nos *Additamentos* á este liv.

Por este Al. ficou estabelecida a doutrina que quem vende fiado fica sem acção real para rehaver a cousa vendida, mas e tão sómente acção pessoal para exigir o preço da venda.

Corrêa Telles no *Manual do Tabellião* § 23 exprime-se desta fórma :

« *Decimo.* O pacto que a venda fique nulla, se o comprador não pagar o preço até certo dia, he valido. Mas se o comprador fôr entregue da cousa comprada, e a vender a outro, duvido que o primeiro vendedor a possa reivindicar do terceiro possuidor, ainda que houvesse posto ao seu comprador a prohibição de a alhear antes delle lha pagar, porque esta prohibição posta em contracto não impede a translação do dominio; só se dissermos que o Alv. de 4 de Setembro de 1810 he sómente applicavel ás cousas, que fazem objecto do commercio; como a bôa razão pede que elle se restrinja.»

T. de Freitas na *Consol.* art. 529 nota, com razão aparta-se desta opinião de Corrêa Telles, pronunciando-se desta fórma :

« A revogação he *absoluta*, e não se a pode restringir, como querem alguns Praxistas, ás compras e vendas do commercio. Veja-se o Officio de 26 de Setembro de 1835. Não temos por tanto a *clausula resolutoria tacita*, um dos inconvenientes do regimem hypothecario da França. *A clausula resolutoria* deve ser expressa, e da-se pelo chamado pacto da *lei commissoria* nos termos do art. 352 (assim redigido) :

« Terá lugar a acção resolutoria da venda, se houver condição de ficar a venda de nenhum effeito pela falta de pagamento do preço no praso convencionado. »

Consulte-se tambem o art. 530 e nota, e art. 8 da Lei hypothecaria novissima.

Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, e Almeida e Souza—*Interdictos* pag. 62, *Fascic.* to. 2 pag. 274.

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 763, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 5, Almeida e Souza—*Dir. Emph.* to. 2 pag. 16, e Corrêa Telles — *Interp.* § 64.

T. de Freitas na *Consol.* art. 532 nota diz o seguinte ácerca desta Ord. :

« Eis o pacto da *lei commissoria*, que o Al. de 4 de Setembro de 1810 resalva, quando diz — *sem convenção alguma especial*, e no fim — *sem outra convençao.* »

(2) Vide Barbosa no *com.* respectivo.

Na compra de predios fica o comprador sujeito á qualquer onus real, á que estivessem os mesmos predios sujeitos no precedente dominio (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 888).

prar, leve logo e offereça o preço, porque a comprar, perante o Juiz ordinario do lugar, onde a venda foi feita, e requeira-lhe, que o mande pôr em sequestro em mão de algum homem fiel e abonado por tempo conveniente, a que possam vir alguns credores, a que o vendedor seja obrigado, ou tenha apenhada a cousa vendida. E tanto que isto assi fôr feito, e o preço offerecido e consignado, o comprador haverá seguramente a cousa comprada, e nunca lhe mais poderá ser demandada por algum credor, a que pelo devedor fosse obrigada (1). E mandamos a todos os Julgadores, a que tal requerimento fôr feito pelos compradores, que façam pôr e consignar o preço, ou quantidade, por que a cousa fôr vendida, em mão de hum homem bom, fiel, leigo e abonado, morador no lugar; e façam vir perante si os credores, a que a cousa fôr obrigada, para litigarem qual delles he primeiro, e tem mais direito para lhe dever ser entregue o preço ou quantidade (2).

M.—liv. 4 t. 34 pr.

1. E se os credores forem todos moradores nesse lugar, ou ahi presentes, faça-os o Juiz citar, que a seis dias peremptoriamente venham perante elle; e se não forem presentes nesse lugar, nem moradores nelle, faça o Juiz dar pregões e pôr edictos no Pelourinho e lugares acostumados (3), que todos os credores, a que o vendedor fôr obrigado, ou a cousa apenhada venham perante elle allegar seu direito sobre o preço e apenhamento a termo conveniente, que lhes assinará, segundo a distancia dos lugares, onde tiver por informação, que os credores são moradores; com tanto que não passe de trinta dias ao mais, por grande distancia que haja do lugar, onde a cousa foi vendida, aos lugares, onde os credores forem moradores.

E vindo algum credor ao tempo, que lhe fôr assinado, que mostre sua divida claramente, e lhe não fôr embargada pelo vendedor, faça-lhe o Juiz pagar pelo preço e quantidade, que assi fôr consignada: e se ficar alguma cousa do preço, faça-a entregar ao vendedor. E se em cada hum dos ditos termos vierem e concorrerem muitos credores, ouça-os, e faça-lhes justiça, entregando o preço, ou quantidade áquelle, que melhor direito tiver, por que deva preceder aos outros. E não vindo ao dito termo algum credor, faça o Juiz entregar o preço e quantidade ao vendedor, pois não vem quem lho embargue (1).

M.—liv. 4 t. 34 §§ 1 e 2.

2. E quando ás arrematações, que se fazem por mandado e auctoridade de Justiça com Tabellião, ou Scrivão em lugar costumado, mandamos, que se durando a demanda entre o credor e o devedor, cujos bens foram arrematados, ou depois antes da arrematação não veio outro credor, que lhe embargasse sua divida e pagamento della, neste caso, tanto que a arrematação fôr feita, seja logo pago de sua divida o credor, a cujo requerimento a execução e arrematação foi feita; e se depois vier algum credor outro, que se diga ser primeiro que elle, sejam ambos ouvidos com seu direito sobre o preço e dinheiro, por que a arrematação foi feita, e a cousa assim arrematada fique salva ao comprador (2), pois que a comprou em publico per mandado e auctoridade de Justiça (3).

M.—liv. 4 t. 34 § 2.

3. E no caso, onde pendendo entre o credor e devedor demanda, de que depois descendeu a execução, ou depois della em qualquer tempo antes da arrematação, veio algum outro credor, que pretende haver direito na cousa apenhada, fazendo sobre

---

(1) Este meio he ainda recommendado no Av. n. 218—de 21 de Maio de 1862, quando se teve de desapropriar o edificio do Internato do Imperial Collegio de Pedro II.

Segundo o art. 31 do D. n. 353—de 12 de Junho de 1845 nas desapropriações por utilidade publica no Municipio Neutro, o predio desapropriado se considera livre de todos os onus, hypothecas e lidespendentes.

He este recurso que temos (além das subhastações) para purgar os bens dos respectivos encargos hypothecarios; mas, como bem diz T. de Freitas, não livra o objecto comprado do perigo das evicções (L. n. 1237—de 24 de Setembro de 1864 art. 10).

Vide T. de Freitas—*Consol.* arts. 522 e 527).

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 notas (*a*) e (*b*) á pag. 548 e 551, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 14 §§ 7 e 20, e liv. 4 t. 5 § 4, Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 110, *Execuç.* pag. 477, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 578, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 817.

(3) Segundo os arts 437 do Cod. Com., e 395 do D. n. 737—de 25 de Novembro de 1850, a citação por edictos não prejudica o direito dos credores hypothecarios desconhecidos que tiverem hypothecas no objecto vendido por tempo determinado, por lei ou contracto, até a expiração do praso.

Vide L. n. 1237—de 24 de Setembro de 1864 no t. 4, assim como a Res. de 17 de Dezembro de 1824, nos *additamentos* ao liv. 3 destas Ords.

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Almeida e Sousa—*Execuç.* pag. 425 e 477, *Seg. Lin.* to. 1 pag. 68, e *Fascic.* to. 2 pag. 107.

(2) Vide Ord. do liv. 3 t. 91, Ord. da Fazenda cap. 156, e L. de 22 de Dezembro de 1761 t. 3 § 15.

Outr'ora a hypotheca da Fazenda Publica, impedia que o direito dos arrematantes de qualquer bem de raiz, ficasse sálvo, mas hoje pela L. n. 1237—de 24 de Setembro de 1864 art. 11 § 7, esse direito fica resguardado, ainda que sendo a Legislação da Fazenda especial, e privilegiado o direito do Fisco, parece não estar mui claro esse resguardo. Conviria uma declaração do poder competente para tranquillisar á todos

Consulte-se T. de Freitas—*Consol.* arts. 527 e 1297.

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 22 § 11, e Almeida e Souza—*Execuç.* pag. 383, 425 e 434, *Acç. Sum.* to. 2 pag. 268, *Fascic.* to. 2 pag. 84 e 107.

Vide Ass. de 15 de Junho de 1826 na nota (2) á Ord. deste liv. t. 5 § 1.

ella demanda, ou protestando por seu direito, por dizer, que sua divida era primeira, que a do outro; mandamos que se faça arrematação, e seja logo o preço, ou quantidade della sequestrada, e consignada em Juizo, e sejam ouvidos esses credores com seu direito sobre o preço, ou quantidade, e a cousa arrematada fique sempre salva ao comprador, que a comprou publicamente per auctoridade de Justiça (1).

M.—liv. 4 t. 34 § 3.

TITULO VII.

Do que vende huma mesma cousa (2) duas vezes a diversas pessoas.

Se o que fôr senhor de alguma cousa, a vender duas vezes a desvairadas pessoas, o que primeiro houver a entrega della será della feito verdadeiro senhor (3), se della pagou o preço, por que lhe foi vendida, ou se se houve o vendedor por pago della, porque concorrendo assi na dita venda entrega da cousa e paga do preço, o fazem ser senhor della (5).

M.—liv. 4 t. 28 pr.

1. E se o senhor da cousa a vendesse a alguem por preço certo, e lha entregasse logo, sem delle receber preço algum e depois o vendedor recobrasse a posse della (5), e a vendesse a outro, e lha entregasse recebendo delle o preço, este segundo comprador será feito cumpridamente senhor della (6).

M.—liv. 4 t. 28 § 1.

2. E se o senhor da cousa a vendesse a alguem, e recebesse o preço sem lha entregar, e depois a vendesse a outrem, e lha entregasse, recebendo delle o preço, ou havendo-se delle por pago, este segundo comprador será feito verdadeiro senhor della, e o primeiro comprador poderá demandar ao vendedor o dinheiro, que lhe pagou por a compra da dita cousa com seu interesse, pois lhe não entregou a cousa, que lhe vendeu, de que recebeu o dinheiro, e a vendeu a outrem, e o fez della senhor pela entrega, que lhe della fez (1). E por assi vender huma cousa a dous em tempos desvairados, haverá a pena, que diremos no quinto Livro, Titulo 65: *Dos bulrões e inliçadores* (2).

M.—liv. 4 t. 28 § 2.

TITULO VIII.

Do perigo, ou perda, que aconteceu na cousa vendida, antes de ser entregue ao comprador (3).

Tanto que a venda de qualquer cousa he de todo perfeita, toda a perda e perigo, que dahi em diante ácerca della aconteça, sempre acontece ao comprador, ainda que a perda e dano aconteça, antes que a cousa seja entregue. E porque se poderão fazer algumas duvidas ácerca do modo, em que se a venda ha por perfeita quanto ao perigo, que se depois segue, as determinamos na maneira seguinte (4).

M.—liv. 4 t. 31 pr.

1. Primeiramente para a venda ser perfeita, requere-se, que seja feita puramente, sem condição alguma, porque se ella fosse feita condicionalmente (5), fallecendo a concondição, falleceria em todo a venda, como se nunca fosse feita. E por conseguinte todo o dano e perda, que acontecesse na cousa vendida em qualquer tempo, pertenceria ao vendedor. E se pendendo a a condição, perecesse a cousa vendida de todo e depois fosse a condição cumprida, a a perda da cousa pertencia de todo ao vendedor; porque tanto que a cousa perecer, pendendo a condição, logo a venda de todo he desfeita, como se nunca fosse feita, e por conseguinte tudo o que ácerca della acontecer pertence ao vendedor (6).

M.—liv. 4 t. 31 § 1.

---

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, e Almeida e Souza—*Execuç.* pag. 333 e 481, e *Fascic.* to. 2 pag. 84 e 151.

Vide tambem o Ass. de 15 de Junho de 1826 na nota (2) á Ord. deste liv. t. 5 § 1.

(2) A edicção de 1603 diz — *uma cousa.*

Vide sobre este tit. a *diss.* 3 de Almeida e Souza no to. 2 do *Fascic.* pag. 52.

(3) Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) á pag. 581 diz, que esta disposição tambem he applicave nos contractos de praso e locação; limitando-se em dous casos: 1º, quando o segundo comprador sabe que a cousa já estava vendida ao primeiro; ou se o mesmo objecto já se achava hypothecádo com pacto de não alienar.

Além da paga do preço he a tradição da cousa, que firma o direito do comprador. He este o nosso direito, outro he o Francez (Cod. Civ. arts. 711 e 1138).

Consulte-se sobre esta materia T. de Freitas—*Consol.* arts. 531, 534 e 908.

(4) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 3 § 10, t. 11 § 17, e liv 4 t. 3 § 14, Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 2 pag. 52, 84, 181 e 185, *Execuç.* pag. 396, 429 e 436, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 98 e 154, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 818.

(5) He para isso sempre indispensavel a acção competente resultante do contracto feito.

(6) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 8 § 14, e T. de Freitas—*Consol.* art. 535 e nota.

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst* liv. 3 t. 14 § 4 nota, e liv. 4 t. 3 § 14, e Almeida e Souza—*Aval.* pag. 202.

(2) Actualmente chama-se á este proceder estellionato (art. 264 § 2 do Codigo Criminal) e o delinquente he punido com as penas consignadas no mesmo Codigo.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*

(4) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*). á pag. 553, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 16, Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 1 pag. 434, e to. 2 pag. 55, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 818, e T. de Freitas—*Consol.* art. 537 nota (3).

(5) Esta condição he suspensiva.

(6) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*f*) á pag. 873, Corrêa Telles—*Digesto Portuguez* to. 3 arts. 350, 351 e 352, e *Interp.* § 64, T. de Freitas—*Consol.* art. 538 nota e Ramos—*Apontamentos* arts. 928 e 929.

2. E se pendendo a condição, a cousa vendida fosse peiorada, ou danificada em alguma parte, e depois fosse a condição cumprida, todo o danificamento e peioria pertenceria ao comprador, salvo se o vendedor fosse em mora e tardança de entregar a cousa ao comprador; porque em tal caso pola culpa da tardança, em que o vendedor foi, carrega-se a elle o danificamento, que depois aconteceu á cousa vendida, antes da condição cumprida (1).

M.—liv. 4 t. 31 § 2.

3. E se as partes acordassem entre si, que da venda fosse feita scriptura publica, e antes que fosse feita e acabada a Nota do do instrumento da venda, perecesse a cousa vendida, pertenceria a perda della ao vendedor (2). E depois da Carta feita, todo o caso, que sobreviesse á cousa, pertenceria ao comprador, ainda que lhe a cousa não fosse entregue sem culpa do vendedor. E o mesmo se póde dizer em quaesquer contractos, que segundo Direito requerem necessariamente scriptura publica (3).

M.—liv. 4 t. 31 § 3.

4. E se a venda fosse feita sem nenhuma condição e acabada de todo, e depois a cousa vendida fosse confiscada por algum maleficio, que o vendedor houvesse commettido, ou a mandassemos Nós tomar por alguma necessidade, antes que fosse entregue ao comprador, em cada hum destes casos pertence a perda e perigo da cousa ao vendedor (4). E se já o vendedor houvesse recebido o preço da cousa vendida, deve-o tornar ao comprador. E em todo o caso, onde o perigo e perda da cousa vendida pertence ao vendedor, se elle já houvesse recebido o preço, deve-o tornar ao comprador. E onde o perigo pertence ao comprador, se ainda elle não tivesse pago o preço ao vendedor, deve-lho pagar (5).

M.—liv. 4 t. 31 § 4.

5. E se fôr vendida alguma quantidade, que se haja de medir e gostar, ou pesar e gostar (1), assi como vinho, mel, azeite, ou specieria, ou outras semelhantes, todo o perigo, que ácerca da dita cousa assi vendida acontecesse, antes que o comprador medisse e gostasse, ou pesasse e gostasse, pertencia ao vendedor. Porém, tanto que fôr medida e gostada, ou pesada e gostada, pertencerá o perigo ao comprador (2).

M.—liv. 4 t. 31 § 5.

6. E sendo vendida a dita quantidade, não por medidas, mas juntamente em specie, pertencerá o perigo, que acontecer antes da entrega, ao comprador, ora a gostasse, ora não. Porém neste caso, quando assi he vendida quantidade em specie simplesmente, sem termo algum, a que se haja de receber, se o vendedor tomasse o perigo em si, será o perigo do vendedor: salvo se o comprador, depois de o vendedor ter tomado o perigo em si, gostasse a quantidade vendida, por que em este caso logo cessa todo o perigo, que o vendedor tinha em si tomado, e carregará sobre o comprador (3).

M.—liv. 4 t. 31 § 6.

7. E se fosse entre o comprador e o vendedor posto termo, a que o comprador houvesse de receber a cousa, passado o dito termo será o perigo do comprador (4).

M.—liv. 4 t. 31 § 7.

---

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) á pag. 553, Corrêa Telles—*Interp.* § 64, e T de Freitas—*Consol.* art. 538 § 2 nota, e Ramos—*Apont.* art. 929 § 2.

(2) Salvo se a cousa já estivesse entregue em poder do comprador.

(3) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (a) á pag. 875, e Corrêa Telles—*Interp.* § 64.

(4) O Ass. de 23 de Novembro de 1769 declarou, que o vendedor de um terreno incendiado não satisfaz ao comprador entregando-lhe outro, que lhe tinha sido adjudicado em lugar do vendido; satisfaz porém com semelhante entrega, tendo sido a venda de acção. que houvesse ao dito terreno.

Vide tambem o Ass. de 15 de Junho de 1826 na nota (2) ao t. 5 § 1 deste liv.

(5) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (a) á pag. 554, e Ramos—*Apont.* § 929 § 4.

(1) T. de Freitas no art. 538 § 5 nota diz o seguinte:

« O Cod. do Commercio art. 207 n. 3, accrescenta, que em taes vendas a tradição real suppre a falta de contagem, peso, medida ou sabor.

« A citada Ord. § 5 só contempla as cousas que devem ser pesadas, medidas ou provadas; porém estão no mesmo caso as cousas que devem ser contadas. Entende-se nestes casos que a venda he condicional. Cessa essa regra, como tem prevenido exactamente o Cod. Com. no art. 208, quando o comprador fôr culpado de não se terem feito as operações quando a venda dependia. »

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Almeida e Sousa—*Fasciculo* to. 1 pag. 430, e Ramos—*Apont.* art. 929 § 5.

(3) T. de Freitas na nota (4) ao § 6 do art. 538 da *Consol.* diz, que esta Ord. he omissa sobre a regra importante do Cod. do Com. no art. 207 n. 1, dispondo que o perigo he por conta do vendedor—quando não he objecto determinado por *marcas ou signaes distinctivos* que a differenciem entre outros da mesma natureza e especie, com os quaes possa achar-se confundido.

Mas diz o mesmo Jurista que para esta regra do Codigo ser explicada com acerto he mister explicações, que expõe na mesma nota, á que nos remettemos.

Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Almeida e Sousa—*Fasciculo* to. 1 pag. 403.

(4) T. de Freitas na nota (2) ao art. 538 § 8 exprime-se sobre esta Ord. da fórma seguinte:

« O § 7 da citada Ord. liv. 4 t. 8 falla em geral da estipulação de praso entre o comprador e o vendedor. dizendo que o perigo he por conta do comprador; e desta generalidade poder-se-ia concluir que antes do vencimento do praso o perigo he por conta do vendedor.

« Uma tal conclusão faria contradictoria a lei, por que sua regra geral he que desde a perfeição do con-

8. E em todo o caso, que as partes conviessem e acordassem, que o perigo e perda da cousa vendida pertença a cada hum delles em outra maneira do que aqui declaramos, deve-se cumprir o que entre elles fôr firmado e acordado (1).

M.—liv. 4 t. 31 § 8.

TITULO IX.

Da venda de cousa de raiz feita a tempo, que já era arrendada, ou alugada a outrem per tempo certo (2).

Se algum homem vender huma casa, ou herdade, ou qualquer outra cousa de raiz, a qual ao tempo da venda tinha já arrendada, ou alugada a outrem, e entregue a posse della por tempo, que fosse menos de dez annos, não he o comprador obrigado manter o contracto de aluguer, ou arrendamento ao dito Rendeiro, ou alugador(3), mas pode-lo-ha demandar e constranger, que lhe deixe a dita cousa, sem embargo do aluguer, ou arrendamento, que lhe foi feito; salvo se no contracto de compra e venda foi acordado entre o comprador e vendedor, que o comprador cumpra ao alugador, ou Rendeiro o contracto de arrendamento, ou aluguer, que lhe foi feito pelo dito vendedor; ou se o comprador depois da venda em algum tempo outorgou, ou por alguma maneira consentio, que fosse cumprido ao Rendeiro, ou alugador seu contracto, que lhe foi feito por o vendedor; ou se o vendedor no contracto de arrendamento, ou de aluguer cbrigou geral, ou specialmente a cousa arrendada, ou alugada ao Rendeiro, ou alugador para cumprimento do contracto(4); porque em cada hum destes casos será o comprador obrigado cumprir ao Rendeiro, ou alugador o contracto do aluguer, ou arrendamento, que lhe foi feito pelo vendedor, sem contradicção alguma (1).

M.—liv. 4 t. 29 pr.

1. Porém em todo o caso, em que o comprador possa desfazer o contracto do arrendamento, ou aluguer, como dito he, dando-lhe o alugador, ou Rendeiro, e pagando-lhe todo o seu interesse, assi por respeito de ganho, como de perda, que recebesse por causa do arrendamento ficar em sua força, será o comprador obrigado a lhe cumprir e guardar seu arrendamento, ou aluguer, sem outro algum embargo, nem contradicção (2).

M.—liv. 4 t. 29 § 1

TITULO X.

Das vendas e alheiações, que se fazem, de cousas litigiosas.

Cousa litigiosa he aquella, sobre que he movido litigio em Juizo entre as partes.

E isto se faz algumas vezes, tanto que a parte he citada para responder em Juizo sobre alguma cousa, ou se nos dá informação, e Nós commettemos o feito a algum certo Juiz E sendo a tal commissão mostrada a esse Juiz, e notificada a parte contraria, logo por cada huma destas maneiras he a cousa feita litigiosa (3): e isto, se sobre ella he movida alguma aução real, assi como se hum homem demandasse á outro alguma cousa, dizendo ser sua (4).

M.—liv. 4 t. 45 pr.

---

tracto o perigo he logo por conta do comprador, e o praso não suspende a perfeição do contracto.

« Evitei tal conclusão; referindo-me ao caso do § 5.

« Tal he a verdadeira intelligencia, como se pode ver no *com.* de Silva á essa Ord. § 7. »

Consulte-se tambem Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, e Ramos—*Apont.* art. 924 ns. 7 e 8 e 930, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 819.

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) pag. 557, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 8 § 4, e Almeida e Sousa—*Fasciculo* to. 1 pag. 430.

(2) Vide Barbosa—*com.* e Gama *Dec.* 297, e sobretudo a *diss.* 4 de Almeida e Sousa no to. 2 do *Fascic.* pag. 96.

(3) Esta doutrina conforme ao Direito Romano he reprovada pelo Cod. Civ. Francez no art. 1743, e differentes Jurisconsultos.

Vide Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 art. 385 e nota, Coelho da Rocha—*Dir. Civ. Port.* § 840 e nota, T. de Freitas—*Consol.* art. 655.

(4) T. de Freitas na *Consol.* art. 656 § 3 nota diz o seguinte:

« Pela novissima lei hypothecaria essa hypotheca em garantia do arrendamento já não póde ser geral: sendo especial deve-se cumprir o disposto no art. 4 da citada lei (n. 1237—de 1864), o qual exige que a hypotheca seja por quantia determinada.

« Para aproveitar por tanto o disposto na Ord. liv. 4 t. 8 sobre a hypotheca do immovel arruinado ao cumprimento do contracto, cumpre declarar na escriptura a quantia pela qual fica hypothecado, quantia que representa o prejuizo do arrendatario no caso de não ser respeitado o arrendamento por motivo de venda do immovel.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) á pag. 554 e nota (*a*) a pag. 556, to. 2 nota (*a*) a pag. 680, e to. 4 nota (*a*) a pag. 872, e nota (*a*) a pag. 874 estabelece differentes ampliações—como se a compra fosse feita ao Fisco ou em hasta publica, ou se quando o predio foi comprado sabia o comprador que estava arrendado: e ainda se a locação fosse feita pelo tutor ou pelo gestor ou syndico, e pelo pai nos bens adventicios do filho, e pelo marido nos bens paraphernaes, por serem em nome da administração; etc.

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 14 § 4 e liv. 4 t. 13 § 19, Almeida e Souza—*Fascic.* to. 2 pag. 96, 150 e 156, *Acç. Sum.* to. 1 pag. 435, *Execuç.* pag. 359 e 424, *Interd.* pag. 62, *Seg. Lin.* to. 2 pag. 354, *Notas á Mello* to. 2 pag. 413 n. 14, *Dir. Emph.* to. 1 pag 314, *Obrig.* pag. 498, e *Aval.* pag. 204.

A acção propria para se pôr em execução esta Ord. he a dos Embargos á primeira, como a do § 64 do *Fascic.* de Almeida, e Sousa to. 2 pag. 80.

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ord.* to. 1 nota (*b*) a pag. 556, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 tit. 14 § 3 e 15, e Almeida, e Souza—*Fascic.* to. 2 pag. 100, 103 e 156, e *Aval.* pag. 204.

(3) Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 390 apresenta differentes ampliações e limitações á esta Ord. uteis de consultar.

(4) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Portugal—*de Donat.* liv. 3 cap. 38 de n. 6 em diante, Almeida, e Souza—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 16, 198 e 258, *Fascic.* to. 1 á pag. 360, *Notas á Mello* to. 1 pag. 87, e to. 2 pag 78, *Seg. Lin.* to. 3 pag. 70.

1. E sendo movida demanda sobre servidão de alguma cousa, e não sobre o senhorio della, será a aução feita litigiosa per contestação da lide, mas a cousa não será feita litigiosa em tempo algum, porque não he movida questão sobre o senhorio della; e bem assi, se fôr contenda sobre a posse de alguma cousa per aução real, que em Direito se chama hypothecaria, assi como se o crédor demandar ao devedor, ou á algum outro possuidor, a cousa, que lhe foi empenhada, para haver por ella sua divida, em tal caso essa aução assi movida será feita litigiosa, tanto que a lide fôr contestada, e não de outra maneira; mas a cousa demandada não será feita litigiosa, porque não he movida questão sobre o senhorio della (1).

M.—liv. 4 t. 45 § 1

2. E se fôr em Juizo movida alguma aução pessoal sobre cousa certa, que fosse emprestada, ou empenhada, ou posta em guarda e deposito, ou devida per alguma outra semelhante maneira, não será essa aução, nem a cousa feita litigiosa, senão per contestação de lide. E sendo aução meramente pessoal, assi como se hum homem demandar a outro certo dinheiro, ou outra quantidade, em que lhe fosse obrigado, essa quantidade nunca em algum tempo será feita litigiosa, mas a aução sobre ella movida será feita litigiosa, tanto que a lide fôr contestada, e não de outra maneira (2).

M.—liv. 4 t. 45 § 2

3. Depois que a cousa fôr litigiosa per cada hum dos sobreditos modos, pendendo o litigio, antes que seja findo per sentença diffinitiva, passada em cousa julgada, não a deve o réo vender, nem escaimbar nem dar a outrem (3). E bem assi o autor não deve vender, nem passar a outrem a aução movida sobre essa cousa: e fazend-o, a venda, ou escaimbo da cousa litigiosa será nenhuma e de nenhum vigor, e o que a comprar, ou escaimbar, sabendo que he litigiosa, tornal-a-ha áquelle, de quem a houve, sem por ella receber o preço, ou outra cousa, que por ella tiver dado ao tempo, que a comprou, ou escaimbou, mas todo esse preço, ou cousa, que por ella deu, será applicado a Nós. E outro tanto pagará para Nós o vendedor, que a vendeo, ou escaimbou, sabendo que era sobre ella movido litigio, antes que fosse findo por sentença final, passada em cousa julgada (1).

M.—liv. 4 t. 45 § 3.

4. E no caso onde o comprador não soube, que a cousa comprada era litigiosa, a venda será em todo o caso nenhuma, e o comprador cobrará do vendedor o preço, que lhe deu por ella, e mais a terça parte delle pelo engano, que lhe fez. E o vendedor pagará a Nós outro tanto, quanto foi o preço principal, porque a vendeo (2).

M.—liv. 4 t. 45 § 4.

5. Porém, sendo a cousa litigiosa vendida, escaimbada, ou doada pelo réo a alguma pessoa poderosa por razão da sua dignidade, ou de algum Officio, que tenha, pagará o réo ao autor seu contendor, com quem sobre ella litigava, o dobro do preço, ou da cousa, que houve pela cousa litigiosa, que vendeo, escaimbou, ou doou: e isto, além da pena, que a Nós ha de pagar, a qual he outro tanto, quanto pela cousa litigiosa houve da pessoa, a que a traspassou (3).

M.—liv. 4 t. 45 § 5.

6. E esta mesma pena (4) haverá o autor que vendeo, escaimbou, ou doôu a aução litigiosa em algum poderoso por razão da dignidade, officio, ou privilegio, que tenha (5).

M.—liv. 4 t. 45 § 6.

---

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) a pag. 393.

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Guerreiro—*Dec.* qu. 29, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*c*) á pag. 363, e Almeida, e Souza—*Seg. Lin.* to. 1 pag. 343.

(3) *Passada em cousa julgada.* Silva no *com.* á esta Ord. n. 32 diz que o *vicio de litigioso* mantem-se na sentença até passar em julgado, i. e., quando não ha mais appellação, embora se questione sobre a execução; cumprindo entender-se no caso em que a sentença fosse proferida em favor do réo, pelo contrario se fôr proferida em bem do author, ou se fôr justificada por documento, e fôr justa: ao contrário se não se justificar por documentos, e fôr injusta.

No *com.* ao t. 6 deste liv. § 2 n. 5 diz o mesmo Silva que a sentença que passa em julgado, he a que vai executar-se, mas deve-se entender da sentença proferida em favor do réo, que por si permanece executada; ao revez da em pró do author, por quanto neste caso ainda alguma cousa existe por fazer; o que não acontece quanto a do réo.

Consulte-se Portugal—*de Donat.* Cap. 38 n. 73, e Pereira de Souza—*de Revision.* cap. 82 n. 5 e 6.

Não existe o vicio de *litigioso* quando a demanda he injusta, indebita e calumniosa assim como quando a venda resulta de transacção que tem por fim acabar com a lide, por quanto por esse facto termina o litigio, assim como se a alienação se fizesse por consenso das partes.

Consulte-se o mesmo Silva *com.* n. 25 e 26, e sobre tudo Almeida, e Sousa na *diss.* 5 do to. 2 do *Fascic.* de pag. 161 á 186, que he importante.

Hoje em razão da facilidade que se procura dar ás transacções, o rigor do antigo direito se tem modificado e em alguns paizes acabou.

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.* e á do t. 16 deste liv., Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) á pag. 556 e nota (*a*) á pag. 697, Mello Freire — *Inst.* liv. 3 t. 14 § 11, Almeida, e Sousa—*Fascic.* to. 2 pag. 158 e 161.

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 546 e 699, to. 4 nota (*a*) á pag. 879, e Almeida, e Sousa—*Fascic.* to. 2 pag. 70 e 164.

(3) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 699, e Almeida, e Sousa—*Fascic.* to. 2 pag. 164.

(4) Sendo esta prova civil, essa multa não foi revogada pelo art. 179 § 2 da Constituição.

(5) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 699, e Almeida, e Sousa—*Fascic.* to. 2 pag. 164.

7. E sendo a cousa litigiosa dada graciosamente, sem o doador receber por ella alguma cousa, se o donatario fôr sabedor do litigio, além da tal doação ser nenhuma, pagará a Nós a verdadeira estimação della, e o doadôr pagará a Nós outro tanto preço, quanto fôr a estimação da cousa. E não sendo o donatario sabedor do litigio, tornará a cousa ao doadôr, e o doador lhe pagará a terça parte da verdadeira estimação della, e a Nós outro tanto, quanto fôr a verdadeira estimação (1).

M.—liv. 4 t. 45 § 7.

8. E em todas estas penas postas ao réo, que vende, escaimba, ou dôa a cousa litigiosa, incorrerá o autor, que vende, escaimba, ou dôa a aução movida em Juizo e feita litigiosa, como acima dissemos (2).

M.—liv. 4 t. 45 § 8.

9. E se depois de feita a venda, escaimbo, ou doação, o autor houver sentença contra o réo, que emalheou a cousa litigiosa, per essa mesma sentença, seja feita execução contra a pessoa, a que fôr vendida, escaimbada, ou doada, em cujo poder a cousa fôr achada, sem ser mais chamado, nem citado, se foi sabedor do litigio ao tempo, que a houve, ou teve razão de o saber, como se disse no Livro terceiro, no Titulo 86: *Das execuções, que se fazem geralmente*, no paragrapho 16: *E se esse condemnado*. E não sendo delle sabedor, nem tendo razão de o saber, será citado para a execução, e ouvido com seu direito summariamente, sabida sómente a verdade, sem outro processo (3).

M—liv. 4 t. 45 § 9 e liv. 3 t. 71 § 31.

10. E se o que comprar a cousa litigiosa, ou trocar outra por ella, ou lhe fôr della feita doação, antes que lhe seja entregue, a demandar ao vendedor, ou ao que lha trocou, ou doou, não será obrigado a entregar-lha, mas podel-o-ha excluir da demanda, dizendo que a cousa era litigiosa ao tempo do contracto (4).

M.—liv. 4 t. 45 § 10

11. E posto que a cousa litigiosa, ou aução geralmente não possa ser vendida, escaimbada, nem doada, isto não haverá lugar na doação feita por causa de dote, ou por razão de casamento, nem em contracto feito entre litigantes sobre cousa, de que entre si litigassem, nem em partição feita entre herdeiros da herança, sobre a qual litigavam, assi elles, como alguns outros herdeiros, pola qual razão toda a herança era litigiosa (1). Nem haverá lugar na cousa litigiosa, em que fôr feita nomeação de alguma cousa, que houver de andar per nomeação, porque em este caso se poderá fazer a nomeação confórme aos contractos e instituições, que sobre a dita cousa forem feitas.

Nem haverá lugar na cousa litigiosa, que fôr deixada em testamento per via de legado: será porém neste caso o herdeiro obrigado a seguir até fim a demanda já começada com o defuncto: e vencendo a demanda, entregará a cousa vencida ao legatario: e se o herdeiro fôr vencido, não será obrigado a lhe pagar cousa alguma. E se o legatario quizer oppor-se á demanda, por se não fazer nella algum conluio em seu prejuizo, ou podel-o-ha fazer em todo o tempo, que lhe aprouver, em quaesquer termos que a demanda stiver (2).

M—liv. 4 t. 45 § 11

TITULO XI.

Que ninguem seja constrangido a vender seu herdamento e cousas, que tiver, contra sua vontade (3).

Cada hum poderá vender a sua cousa a quem quizer (4), e polo melhor preço que podér e não será obrigado vendel-a a seu irmão, nem a outro parente, nem poderão dizer, que a querem tanto por tanto (5). Nem

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, e Almeida, e Sousa—*Fascic.* to. 2 pag. 70.
(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*
(3) Vide Ord. do liv. 3 t. 86 § 16, Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (c) á pag. 369 e to. 3 nota (a) a pag. 392, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 22 § 4, Almeida, e Sousa—*Execuç.* pag. 71 e 116, *Proc. Execut.* pag. 106 e *Fascic.* to. 2 pag. 271.
(4) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Almeida, e Sousa—*Fascic.* to. 2 pag. 185.

(1) Mas he sómente no caso que não hajam outros bens para pagamento de dote (Silva—*com.* n. 37).
(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (b) á pag. 392, e nota (a) e (d) á pag. 393, e nota (a) á pag. 394, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 9 § 11, e Almeida, e Sousa—*Fascic.* to. 2 pag. 168.
(3) Vide Barbosa, no *com.*, Phœbo—*Ar.* 8, e Silva no art. 6 *com.* a rub. do t. 1 desta lei.
(4) Somente por utilidade publica se restringe esta disposição (Const. art. 179 § 22) e nos casos da L. de 9 de Setembro de 1826, e D. n. 353—de 12 de Julho de 1845 referindo-se ao Municipio Neutro, que se leem nos *additamentos* ao liv. 2 destas Ords.
Consulte-se ainda sobre esta materia o Al. de 27 de Novembro de 1804, applicado ao Brazil por outro de 4 de Março de 1819; bem como a L. de 28 de Agosto de 1830, nos *additamentos* á este liv.
(5) Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 4 nota (a) á pag. 884 tratando de differentes limitações á esta Ord. regista as seguintes notas dos Dez. Oliveira, e João Alvares da Costa, que aqui reproduzimos:
« Neste Reino, diz o primeiro, para ser alguem *constrangido* á vender, dizem os Doutores delle, que se deve recorrer ao Desembargo do Paço; Valasco—*Cons.* 22 n. 2 Cabedo—p. 1 *dec.* 105 n. 5, Egid. in l. *ex hoc jure*, p. 1 cap. 6 n. 14, ff. *de just. et jur.* Mas já vi, que as Justiças ordinarias tomão conhecimento desta materia, e a determinão; porque ainda que não haja acção da parte do que pede, *potest tamen officium judicis implorare, ut fuit judicatum* na sentença das Freiras de S. Anna com os sapateiros da Padaria, *apud Notarium* Francisco de Brito no anno de 1675. »
E o segundo:
« *Extende dispositionem hujus legis, ut neque socius*

poderão os filhos, nem outros descendentes desfazer a venda, e haver a cousa tanto por tanto, por dizerem que foi de seu avoengo (1).

M.—liv. 4 t. 25 pr.

1. Porém, se o testador em seu testamento deixar sua herança, ou legado a alguma pessoa, mandando que o não possa vender, nem emalhear, se não a algum seu irmão, ou parente mais chegado, cumprir-se-ha o que pelo testador fôr mandado (2).

M.—liv. 4 t. 25 § 1.

2. E bem assi, se algum deu, ou vendeu alguma cousa sua a outrem, com condição que não a possa vender, nem alhear, senão a seu irmão, ou a outra certa pessoa, fazendo-se a emalheação em outra maneira, será nenhuma e de nenhum effeito (3).

M.—liv. 4 t. 25 § 1.

3. E o emphyteuta, que traz a cousa aforada de algum senhorio, não a poderá vender a outrem, se o senhorio a quizer tanto por tanto, como mais cumpridamente diremos no Titulo 38: *Do foreiro, que alheou o fôro*, etc (4).

M.—liv. 4 t. 25 § 2.

4. E porque em favor da liberdade são muitas cousas outorgadas contra as regras geraes (1): se alguma pessoa tiver algum Mouro captivo, o qual seja pedido para na verdade se haver de dar e resgatar algum Christão captivo em terra de Mouros, que por tal Mouro se haja de cobrar e remir: mandamos que a pessoa, que tal Mouro

---

neque consors præferatur, sed semper sit libera venditio, ex Text. in. l. *Dudum*, 14, Cod. *contrah. empt.*; et acriter defendunt Gratian.— *For.* et Caldas—*de Empt.*, et ita apud nos judicatur, *et judicatum vidi* anno 1698 *in Senatu*, na causa de João Rodrigues Botto, de Monte mór o Novo, confirmata sententia à me prolata.»

(1) *Avoengo*, i. e., dos avós · herdade dos avós.

Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 14 § 8 e 15, liv. 4 t. 13 § 14, e Almeida e Sousa—*Censos* pag. 112, *Execuç.* pag. 30, *Acç. Sum.* to. 2 pag. 395, *Casas* pag. 7. *Dir. Emphy.* to. 2 pag. 63, *Notas á Mello* to. 2 pag. 82 e 522, *Obrig.* pag, 310, 405 e 449.

Vendendo-se a cousa commum prefere o socio della (Guerreiro—*Trat.* 3 liv. 5 cap. 4 n. 43 e Corrêa Telles —*Interp.* § 9 Ord. deste liv. t. 96 § 5).

(2) Esta disposição estava sujeita em alguns casos á limitações resultantes das Leis de 9 de Julho e de 14 de Outubro de 1773, sobre a divisão e união dos predios, dos encravados, e respectiva avaliação.

T. de Freitas na *Consol.* art. 586 § 6 nota diz, que *assim como he livre* vender escravos com a clausula de não serem libertados (nota ao art. 550) tambem he possivel deixa-los em testamento com essa mesma clausula.

Parece-nos que nem uma cousa nem outra he admissivel pelo nosso Direito, como já declaramos na nota (4) á Ord. deste liv. t. 4 pr.

Rebouças nas suas *Obs.* á *Consol.* art. 586 julga inadmissivel essa ampliação de T. de Freitas, que aliás se acha condemnada por Silva *com.* ao § 4 n. 3.

Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, e Almeida e Souza—*Dir. Emph.* to. 2 pag. 63, e *Fascic.* to. 2 pag. 182.

(3) Vide nota precedente; além de Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire — *Inst.* liv. 4 t. 3 § 15, e Almeida e Souza — *Fascic.* to. 1 pag. 242, to. 2 pag. 77 e 182, *Censos* pag. 33, e *Notas a Mello* to. 3 pag. 82.

(4) Vide Baroosa, e Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 15, e Almeida e Souza—*Noas á Mello* to. 3 pag. 82.

(1) As causas de liberdade pelo nosso antigo Direito sempre forão reputadas causas pias (Barbosa *com.* n. 2), e por conseguinte gosando de todo o favor.

Entretanto uma decisão do Supremo Tribunal de 9 de Julho de 1832 publicada no *Diario do Rio de Janeiro* de 25 de Agosto do mesmo anno declarou, que não se podia conceder nestes casos liberdade aos escravos em prejuizo dos direitos de propriedade, i. e., contra o principio aqui firmado.

Em vista do que diz este § em seu principio toda a legislação Romana e Canonica em pró da liberdade dos captivos deve ser acceita e executada; nem seria possivel que em uma epocha de liberdade a legislação outr'ora executada com tanto favor em pró dos escravos, se tornasse sem nenhum motivo ou lei de repugnante dureza.

São corollarios da doutrina desta Ord.: 1.º—as Cartas Regias de 20 e 25 de Março de 1688 relativas ao excesso de castigo, que os senhores fazião nos escravos, registradas nos livros do Senado da Camara do Rio de Janeiro, e no *Livro Verde* da Relação da Bahia f. 87 v. *in fine*, creando-se para castigar os escravos uma casa publica côm esse fim.

2.º—O Decreto de 16 de Novembro de 1693 vedando lançar ferros, e pôr em cadejas os escravos por mandado sómente de seus Senhores.

3.º—O Decreto de 21 de Junho de 1702 mandando julgar breve e summariamente na Relação da Bahia a queixa sobre a crueldade de um senhor com uma sua escrava, authorisando os Juizes para punirem o réo como julgassem digno, *obrigando-o a vender as escravas que tinha*, e *declarando-o* inhabil para possuir outras. Pizarro—*Memorias* t. 5 pag. 251 nota (7).

4.º—O Alvará de 10 de Março de 1682 redusindo a *cinco annos* o praso da prescripção para a escravidão, e consignando quanto á prova da liberdade dos escravos e respectivo processo, a seguinte doutrina:

« Sendo caso que alguns dos que por beneficio desta Lei devem ser livres estejão captivos: nos termos do facto notorio serão repostos, *por officio de Juiz*, em sua liberdade; e quando o facto não seja notorio, e elles pretendão demandar os senhores poderão em todo o tempo usar de seu direito perante o Juiz competente, que *obrigará* os taes senhores lhes dêm livres os dias necessarios para se aconselharem e requererem suas Justiças, nomeando-lhes advogado que os defenda, *o qual será pago á custa de minha Fazenda*, quando constar ao dito Juiz que elles carecem de meios com que o possão satisfazer, e em um e outro caso será o conhecimento da causa *summario*, pelos damnos que do contrario resultarião, tanto aos senhores como aos escravos, da demora das causas ordinarias.

« A prova destes casos, arbitraria dos Julgadores que procurão conformar-se com as minhas Ordenações e na falta dellas com as opiniões mais communs dos Doutores, *não excedendo, nem deixando de guardar as que justamente se introduzirão em favor da liberdade*, e dando sentença contra os escravos *appellarão sempre ex-officio*, e dando-a, porém, contra os Senhores, a receberão se as partes a pedirem.»

5.º—Por *estylo* da Casa da Supplicação, as causas de liberdade erão reputadas de maior quantia, para subirem por appellação, menos quando decahia o Senhor, que tinha de appellar.

Outros casos existem que provão o privilegio destas causas, e que se pode obrigar o Senhor a abrir mão de seu direito aos serviços do escravo, e que se póde ver em Perdigão Malheiros—*A Escravidão no Brazil* de § 95 usque 100.

Nos *addittamentos* á este liv. consulte-se a Provisão de 29 de Novembro de 1779, e Avs. de 15 de Desembro de 1831, n. 263—de 25 de Novembro de 1852, n. 388—de 21 de Desembro de 1855, e n. 480—de 17 de Outubro de 1862.

tiver, seja obrigado de o vender, e seja para isso pela Justiça constrangido (1).

E se o comprador e o Senhor do Mouro se não concertarem no preço, no lugar, onde houver dous Juizes, elles ambos com hum dos Vereadores mais antigo, não sendo suspeito, e onde não houver mais que hum Juiz, elle com dous Vereadores sem suspeita, e sendo algum suspeito, se metterá outro em seu lugar, em maneira que sejam trez, avaliem o Mouro; informando-se bem do que póde valer segundo commum valia e estimação, e não segundo affeição particular, havendo respeito a sua idade, saude, saber, costumes, serviço, disposição, arte e officio, ou outra qualidade, por bem da qual deva valer mais, ou menos. E bem assi, se he de resgate, e se tem delle tratado, e certificado delle seu Senhor per Alfaqueque (2), de maneira que pareça, que aquillo poderá haver de seu resgate. E em aquillo, que acharem, que na verdade poderá em salvo haver, tirados todos os custos do resgate, assi de despesas, como de dizima, fretes, e quaesquer outros, avaliem tal Mouro.

E o que não fôr de resgate, pôr-lhe-hão sua valia, como dito he, ouvindo sempre primeiro as partes sobre as ditas qualidades para sua informação. E o em que fôr avaliado, com mais a quinta parte da avaliação (3), que he a razão de vinte por cento, façam dar e pagar ao Senhor do Mouro, e não seja desapossado delle, até ser primeiro pago de tudo o que houver de haver, dando appellação e aggravo ás partes.

E em Lisboa terão o dito conhecimento ambos os Juizes do Civel, se não forem suspeitos, com hum Corregedor dos da Cidade. E seguindo-se caso, por que tal resgate se não faça, pelo Christão captivo morrer, ou se tornar elche (1), fique escolha ao Senhor que foi do Mouro, para o tornar a haver, tornando o que por elle recebeu, ou ter antes o preço, que tiver recebido (2).

M.—liv. 4 t. 25 § 3.

TITULO XII.

Das vendas e trocas, que alguns fazem com seus filhos ou netos (3).

Por evitarmos muitos enganos e demandas, que se causam e podem causar das vendas, que algumas pessoas fazem a seus filhos (4), ou netos, ou outros descendentes,

---

(1) Consulte-se sobre esta materia as Prov. de 8 de Agosto de 1821, de 23 de Outubro e de 15 de Desembro de 1824, Res. de 21 de Janeiro de 1828, e Avs. de 17 de Março e de 29 de Julho de 1830, e de 13 de Março de 1845.

Os Expostos de côr lançados na roda são livres (*Prov. de 22 de Fevereiro de* 1823).

Escravo não póde forrar-se em inventario sem que algum herdeiro permitta, tomando-o á sua parte (Res. de 6 de Março de 1854, em Av. n. 57—de 26 de Janeiro de 1856).

O escravo que sahe para fóra do Imperio sem ser por fuga, ainda voltando com seu senhor, he livre (Av. n. 188—de 20 de Maio de 1856).

Africano arrematado para servir fica livre e emancipado no fim de 14 annos (Dec. n.—de 22 de Dezembro de 1853).

O escravo dado a um filho por seu pai, sem titulo de doação, se aquelle libertou-o, mantem-se a liberdade (*Gasetta da Tribunaes* n. 76).

Sobre a liberdade dos escravos da Nação consulte-se os Avs. n. 34—de 18 de Janeuro de 1860, e n. 353—de 4 de Agosto de 1863, e Perdigão Malheiros—*A Escravidão no Brazil* nota (552).

(2) *Alfaqueque*, i. e., resgatador de escravos, de prisioneiros, etc.

(3) Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) á pag. 597 traz sobre esta Ord. a seguinte nota do Dez. Oliveira que tambem aqui registamos :

« Julgamos que esta Ord. do § 4 era especial no seu caso, e que assim não se *devia della fazer regra*, para que todo o senhor fosse obrigado a vender seu escravo, a quem dizia que o queria libertar, na causa de appellação de João Chrysostomo com José de S. Paio Lanhes, Escrivão Felix Carlos de Sousa, anno de 1730 » .

E no to. 1 nota (*b*) á pag. 250 apresenta outra nota do mesmo Dez. nestes termos :

« Em um feito de Conde de Atalaya com os Frades de S. Paulo, que se sentenciou no anno de 1687, de que foi Escrivão Manoel Soares Ribeiro, julgamos que sendo por Alvará de Sua Magestade o dito Conde constrangido á vender uma propriedade para o convento dos ditos Frades, se lhe devia pagar a quinta parte mais da justa estimação della, na fórma desta Ord.; a qual fallando em caso tão favoravel, *como da liberdade de um Christão* captivo em poder dos Infieis, se devia com maior razão praticar em todas as outras: o que se deve notar».

Não se devendo exceder do justo preço, observa o mesmo Silva Pereira: que tambem se deverá consultar na nota (*a*) do mesmo tomo, á pag. já citada.

Consulte-se Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 2 t. 1 § 5 n. 8 nota (*a*) na primeira parte, de accordo com a nota supra do Dez. Oliveira.

(1) *Elche*, i. e., apostata, arrenegado, o Christão que se tornou Mouro.

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.* e no art. 6 do *com.* a rub. ns. 61, 62, 63 e 64, Almeida, e Sousa —*Notas á Mello* to. 2 pag. 8, e *Aval.* pag. 6, 7, 11. 12 15, e 99, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 2 t. 1 § 5 n. 8 nota (*a*) segunda parte.

(3) Vide sobre esta Ord. Barbosa *com.*, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* to. 2 § 182 in totum.

(4) *Filhos*. Comprehende-se nesta denominação tanto os que estão sob o patrio poder, como os emancipados, casados, naturaes e espurios.

Outr'ora era isto objecto de duvida.

Pelo que respeita ao filho emancipado sustentavão a negativa Gama—*Dec.* 295 n. 2. Phœbo—p. 1 *Ar.* 80, e Silva—*com.* á rub. do t. 1 deste liv. art. 5 n. 31.

A affirmativa contava em seu favor Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota *(a)* á pag. 693, onde se leem as seguintes notas dos Dez. Themudo, Oliveira e Costa :

« *Filhos* : posto que sejão emancipados : assim o vi julgado, *quidquid* Phœbo p. 1 *ar.* 8, *et contra* Phœbo *tenet* Barbosam *in additamentis* ad lib. 4 n. 16. *Habes in tuo libro Arestorum.* »

Do Dez. Oliveira :

« Limita no emancipado, ou casado ; Phœbo p. 1 *ar.* 80. *Sed contrarium verius est*, ut sentit idem Phœbus, *et judicatum* fuit in causa Brasiliensi de Jacques Peres com Henrique Leitão : *et probatur ex hac lege*, ibi : *ou netos, ou outros descendentes* ; ex quibus excluditur consideratio patriæ potestatis. »

Do Dez. João Alvares da Costa extrahida de outra nota da Ordenação do Dez. Viegas :

« *Quidquid* Barth. *de jure dixisset*. hæc Ordinatio procedit etiam in emancipatis, *quia* loquitur de nepote, et descendentibus. »

Além destes authores accrescentamos Agostinho Barbosa nas *Castigationes* á obra de seu Pai Manoel Barbosa n. 15 e 16, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* § 182 n. 5

determinamos, que ninguem faça venda alguma a seu filho, ou neto, nem a outro descendente. Nem outrosi faça com os sobreditos troca, que desigual seja, sem consentimento dos outros filhos, netos, ou descendentes, que houverem de ser herdeiros do dito vendedor (1).

E não lhe querendo dar o consentimento, o que quizer fazer a venda, ou troca (2), nol-o fará saber; e sendo Nós informado da causa, por que a quer fazer, e da causa, por que os filhos, ou descendentes lhe não querem dar consentimento (1), Nós lhe daremos licença que a possa fazer, parecendo-nos justo; e fazendo a tal venda, ou troca sem consentimento dos filhos, ou sem nossa expressa licença (2), será nenhuma e de nenhum effeito.

E por morte do vendedor, a cousa que assi fôr vendida, ou trocada, será partida entre os seus descendentes, que seus herdeiros

---

nota *(b)*, pelas seguintes razões, á nosso ver irrespondiveis:

« *No Rep. cit.* p. 693, se opinou e julgou que esta Ord. não procede a respeito do filho emancipado; porém sem razão: 1º, porque se assim fosse, ella declararia a qualidade de filho-familias como costuma fazer: 2º, porque contém a mesma disposição a respeito do neto que não está no poder do avô; 3º, porque se funda, não em a razão do poder paterno, mas da fraude que se póde fazer aos outros filhos; e 4º, porque a Ord. geralmente não suppõe contracto entre pai e filho-familias. »

Com esta doutrina está tambem de accordo Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 2 pag. 146 n. 2.

Pelo que respeita aos espurios tambem havia divisão outr'ora. Sustentavão a affirmativa Pinheiro — *de Testam.* disp. 5 secç. 1 § 4 n. 87 e 88, Fragoso—*do Regim. Reip.* p. 3 liv. 1, disp. 2 § 4 n. 148 vers. *Dictum est*, e Pegas no tratado *de Spuriis* cap. 20 n. 2.

A opinião contraria he mantida por Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota *(c)* á pag. 256 e to. 3 nota *(b)* á pag. 921, Pereira de Castro—*Dec.* 44 n. 5, Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 2 pag. 146 n. 2, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* § 182 n. 8.

(1) *Descendentes...., herdeiros do dito vendedor.* Pela co-relação tambem se entendem os *ascendentes*, a saber a venda dos filhos ou netos aos pais e avós.

Vide Barbosa *com.* á rub. n. 2, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* § 182 n. 2, e T. de Freitas—*Consol.* art. 582 § 1 nota (2).

Entretanto parece-nos fundada a opinião de Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 2 pag. 146 no n. 17 e nota.

T. de Freitas em nota ao art. 582 § 1 da *Consol.* diz o seguinte:

« A prohibição he applicavel á todos os ascendentes de um e outro sexo; porque a razão della foi evitar fraudes em prejuizo dos herdeiros descendentes. »

Vide *Nova Gazeta dos Tribunaes* n. 33.

(2) *Venda ou troca.* Borges Carneiro no *Dir. Civ.* § 182 n. 10, 11 e 12 diz o seguinte:

« A lei prohibe a venda *absolutamente;* e a troca sómente sendo *desigual.* Silva *com.* ns. 2 e 3.

« Salvo se fôr venda necessaria, *sç.*, que se faz por mandado judicial, pois cessa a suspeita de fraude: Silva *com.* n. 30.

« Estendem esta prohibição:

« 1.º A' entrega de uma cousa feita ao descendente em pagamento de uma divida *(datio in solutum)* Silva n. 25.

« 2.º A' confissão que faça o pai de huma divida, que diga dever a hum dos filhos, se este não a provar: pois ha a mesma suspeita de fraude: Silva n. 15. Pereira. Valasco. Egidio. *ibi.*

« 3.º Ao aforamento que se fizer a um dos descendentes por fôro grande; pois parece ser realmente venda em fraude desta lei. Silva n. 4.

« 4.º E geralmente a todos os contractos onerosos de que possa resultar prejuizo ás legitimas dos outros filhos Silva n. 17, *seg.*: o que parece incontestavel, pelo menos se se provar simulação. »

T. de Freitas na *Consol.* art. 583 referindo-se ás trocas desiguaes exprime-se na nota desta sorte:

« Nas vendas, por mais que exteriormente pareção iguaes, não cessa a razão de suspeita de fraude; nas trocas iguaes, a boa fé do contracto póde ser verificada.

« Procede a prohibição desta Ord. liv. 4 t. 12 em todos os contractos entre pais e filhos, huma vez que se prove terem sido feitos para fraudar as legitimas dos outros filhos ou descendentes. »

Vide Barbosa no *com.* e Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 2 pag. 146 ns. 13 e 14.

(1) *Consentimento.*

Tem-se duvidado se esse consentimento he expresso ou póde ser acito. T. de Freitas na *Consol.* art. 582 § 1 diz na nota seguinte:

« *Sem consentimento:*—Como a lei não exige para tal consentimento uma fórma especial, segue-se que póde ser expresso ou *tacito*, e que *póde* ser provado por *todos os meios.* Silva—*com.* á esta Ord. ns. 6, 36, 37 e 38. »

Com esta doutrina já se havia conformado *Phœbo—dec.* 120 ns. 6, 11, 13, 15, 16 e 20, Silva—*com.* á rub. art. 5 n. 35, e parece que Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 694; bem que em contrario, e a nosso vêr com mais fundamento, pronuncia-se o Dez. Oliveira, entendendo que esse consentimento deverá ser *expresso.* Eis a nota que transcrevera Silva Pereira no lugar citado:

« *Sufficit tacitus filiorum consensus,* Phœb. *dec.* 120; nos autem *contrarium judicavimus* in processum Brasiliensi de Jacques Peres com Henrique Leitão, *quia Ordinatio repugnat*, si recte perpendatur in versic: *E não lhe querendo dar*, etc. »

Esta opinião he mantida por Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 146 n. 15 e *Obrig.* do §§ 249 e 254, assim como por Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 805 n. 1, e parece que tambem por Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 arts. 189 e 190, e Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 14.

(2) *Sem nossa expressa licença.*

Estas palavras reforção a doutrina que seguimos na precedente nota; e nem se póde presumir que em um direito todo novo e especial como he o desta Ord., o Estado quizesse com tanto rigor essa sua intervenção, e fosse tão indulgente com o consentimento dos filhos; tanto mais quanto o que elle pretendia evitar, intromettendo-se tanto no regimen das successões, era a fraude da legislação respectiva por meio das vendas simuladas.

O Dez. Oliveira em nota citada por Silva Pereirra—no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 694 diz o seguinte:

« Esta licença não está concedida aos Dezembargadores do Paço em seu Regimento; e assim parece que a não podem conceder *sem consulta* d'El-Rey; se não he que se póde considerar comprehendida no § 114, ao que mais me inclino; mas nunca vi este caso em pratica.

« Depois de ter escripto esta cota, veio á Chancellaria uma licença concedida pela Meza, a *qual glosei*, e não passou. »

Já se vê por tanto que não era este um caso de jurisdicção ordinaria do Dezembargo do Paço, e posto que não fosse contemplado na L. de 22 de Setembro de 1828, não se póde julgar dentro da letra do art. 7 da mesma lei como pretende T. de Freitas na nota (2) ao art. 582 § 1, quando diz que cessou a antiga licença que dava para essas vendas o extincto Dezembargo do Paço, por quanto o Dezembargo do Paço só tinha direito de propôr *em consulta* a concessão da licença, e nunca de por si só concedê-la e em taes circumstancias o que se revogou não foi a exigencia da licença que está em pé, mas o meio por que era requerida.

Neste caso rege o direito subsidiario, e *ad instar* do que se pratica no art. 2 § 1 especie 3 e 4 compete ao Juiz da 1ª Instancia deferir, como tambem se pratica em Portugal (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 art. 190 nota (*d*).

Se um pai quizer uma licença expressa dos filhos oppoentes em uma venda desta natureza, como procederá? Qual o remedio?

forem, como que stivera em poder do vendedor, e fôra sua ao tempo de sua morte, sem por isso pagarem preço algum ao que a comprou (1).

M.-liv. 4 t. 82.

TITULO XIII.

Do que quer desfazer a venda, por ser enganado em mais da metade do justo preço (2).

Posto que o contracto da compra e venda de qualquer cousa movel, ou de raiz seja de todo perfeito, e a cousa entregue ao comprador, e o preço pago ao vendedor se fôr achado que o vendedor foi enganado além da metade do justo preço (3), póde desfazer a venda per bem do dito engano, ainda que o engano não procedesse do comprador, mas sómente se causasse da simpleza do vendedor. E poderá isso mesmo (1) o comprador desfazer a compra, se foi pela dita maneira enganado além da metade do justo preço. E entende-se o vendedor ser enganado além da metade do justo preço, se a cousa vendida valia por verdadeira e commum estimação ao tempo do contracto dez cruzados, e foi vendida por menos de cinco (2). E da parte do comprador se entende ser enganado, se a cousa comprada ao tempo do contracto valia por verdadeira e geral estimação dez cruzados, e deu por ella mais de quinze (3).

M.-liv. 4 t. 30 pr.

1. E querendo o vendedor desfazer o contracto por a dita razão, ficará a escolha no comprador, ou tornar-lhe a cousa, e receber o preço, que por ella deu, ou refazer-lhe o justo preço, que se provar que valia ao tempo do contracto. E querendo o comprador desfazer o contracto por bem do dito engano, ficará a escolha ao vendedor, ou tornando-lhe o preço, que houve, e cobrar a cousa vendida, ou tornar-lhe a maioria que delle recebeu, alem do que a cousa justamente valia ao tempo do contracto (4).

M.-liv. 4 t. 30 § 1.

2. E não bastará para desfazer a venda, depois que fôr perfeita, dizer o vendedor, que a cousa, que vendeu por dez, lhe custara vinte, ou que o comprador, que lha comprou, a vendeu depois por vinte; porque poderia o vendedor ser por sua simpleza enganado na compra, que fez, ou poderia o comprador fazer bemfeitorias na dita cousa, porque seria muito melhorada (5).

M.-liv. 4 t. 30 § 3.

3. Depois que a venda fôr de todo perfeita e acabada, não se poderá desfazer, por o vendedor dizer, que quer tornar ao comprador todo o preço, que delle houve,

---

(1) T. de Freitas na *Consol.* art. 584 nota diz o seguinte:

« A lei dispensa de pagar o preço, porque presume que a venda foi feita simuladamente.

« Como esta nullidade foi estabelecida em favor dos filhos, segue-se que os ascendentes não podem argui-la. Silva *com.* á esta Ord. n. 56. Adverte este mesmo commentador n. 57 que os mesmos filhos não podem arguir tal nullidade durante a vida dos ascendentes doadores, pois que fôra demandar sua legitima antes de tempo.»

Vide sobre esta Ord. Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 145, 222, 413 e 417, *Obrig.* pags. 41 e 139, e sobretudo Borges Carneiro—*Dir. Civ.* § 182.

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Gama—*Dec.* 204, 205, 212, 256 e 289, Valasco—*Cons.* 18, 43, 44 e 70, e Cabedo p. 1 *Dec.* 34.

(3) Eis o que se chama *lesão enorme*. A lesão *enormissima*, segundo Corrêa Telles *Dig. Port.* to. 1 art. 253, dá-se quando alguem recebeo sómente a terça parte do justo valor da cousa.

O *Codigo Civil Francez* no art. 1674 não faz distincção alguma entre lesão *enorme* e *enormissima*.

A regra estabelecida nesta Ord. de rescisão de contractos commutativos pelo vicio de *lesão enorme* não procede nas cessões de creditos, direitos, acções, heranças. Sempre que o objecto do contracto fôr duvidoso, e sujeito á futuras eventualidades, exclue a rescisão por esse vicio.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 348, e T. de Freitas—*Consol.* art. 359 nota (2) e 560 nota (2).

O D. de 17 de Julho de 1778 estabeleceu como justo preço das fazendas frugiferas a somma dos rendimentos de vinte annos, tiradas as despezas, ou o que constar de instrumentos de iguaes vendas nesse tempo. Não sendo frugiferas basta a commum e geral estimação.

Pelos Decs. de 6 de Março de 1769 e de 24 de Janeiro de 1801 declarou-se que o preço certo do dominio directo dos prasos da Corôa era a importancia de vinte pensões e trez laudemios.

O dos prasos particulares estima-se em vinte pensões e um laudemio (Cardoso — *Memoria sobre avaliação dos prasos* § 25).

O valor do dominio util apura-se por meio da avaliação dos bens como allodiaes, abattido o valor do dominio directo (Corrêa Telles — *Doutr. das Acções* § 362 n. 6).

Valendo a cousa comprada mais ou menos, não por si mas por algum vicio ou virtude occulta, que depois se descobrio, póde reclamar-se e desfazer-se a venda, em vista da Ord. deste liv. t. 17, por isso que se não dá lesão.

Da mesma sorte quando falta alguma cousa de peso ou medida, ou quando o dote não vale o promettido, ou quando na partilha ha a lesão da sexta parte (Ord. deste liv. tit. 96 § 19).

(1) Vide nota (3) á Ord. do liv. 1 t. 10 § 1.

(2) Vide nota (1) supra, e Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 339.

(3) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Valasco — *Cons.* 43, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*d*) á pag. 629, to. 2 nota (*b*) á pag. 336, Mello Freire — *Inst.* liv. 1 t. 8 § 11, liv 4 t. 3 § 14, Almeida e Sousa — *Censos* pag. 26, *Acç. Sum.* to. 1 pag. 538, *Execuç.* pag 323, *Dir. Emph.* to. 1 pag. 48, to. 2 pag. 169, to. 3 pag. 443, *Seg. Lin.* to. 3 pag. 618, *Notas á Mello* to. 2 pag. 649, *Obrig.* pag. 343, *Aval.* pag. 6, 7, 11, 13, 35 e 38, Coelho da Rocha — *Dir. Civ.* § 737 e nota II *in fine*, e Corrêa Telles — *Interp.* § 5.

(4) Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 342 declara, que esta disposição não tem lugar se a cousa perecer em mão do comprador sem culpa do mesmo, salvo estando já a lide contestada. Havendo dólo, he o delinquente obrigado, e não tem escolha.

Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 17, e Almeida, e Sousa — *Notas á Mello* to. 3 pag. 522, e *Obrig.* pag. 448.

(5) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, e T. de Freitas — *Consol.* art. 353.

e mais outro tanto, mas requere-se, que seja enganado na dita venda além da metade do justo preço, que valia ao tempo, que foi feita (1).

M.—liv. 4 t. 30 § 4.

4. E se depois que a venda fôr de todo acabada, o comprador vender, der, ou escaimbar a cousa comprada a algum outro, não deixará por tanto o vendedor de poder demandar o comprador pelo beneficio desta Lei; porque, posto que não possa tornar ao vendedor a cousa, pois não stá em seu poder, poder-lhe-ha supprir e refaser o justo preço, e supprindo-o, fica de todo livre (2).

M.—liv. 4 t. 30 § 5.

5. E o remedio e beneficio para se taes contractos poderem desfazer por causa do dito engano, havemos por bem, que dure até quinze annos cumpridos (3), contados do tempo, que os contractos foram feitos, até que os enganados citem aquelles, com que os fizeram, ou seus herdeiros, para desfazerem os ditos contractos. E passado o dito tempo, ficam firmes, e não se poderão mais desfazer por razão do dito engano (4).

M.—liv. 4 t. 30 § 3.

6. E todo o que dito he, ha lugar não sómente nos contractos das compras, e vendas mas ainda nos contractos dos arrendamentos (5) aforamentos (1), escaimbos (2), transauções (3), e quaesquer outras avenças, em

---

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire — *Inst.* liv. 4 t. 3 § 17.

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 344, que estabelece algumas limitações que assim resumimos

O vendedor póde ir contra o segundo comprador para que lhe restitua a cousa, se a lesão fôr enormissima; ou se elle sabia da lesão da primeira compra, ou se comprou depois da lide contestada; ou se tambem comprou com lesão, e quem lhe vendeu não tem com que pagar; e tambem se possue a cousa por doação, legado ou outro titulo lucrativo.

(3) A prescripção além deste termo, i. e. até 30 annos só cabe sendo a lesão enormissima; e he acção pessoal *in rem scripta*, podendo até ser intentada contra o terceiro possuidor. Pelo contrario a acção por lesão enorme só pode ser intentada contra o comprador ou seus herdeiros (Correa Telles—*Doutr. das Acções* § 362 nota).

(4) Vide Ord. do liv. 2 t. 35 § 23 e Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) pag. 247 e to. 3 nota (*a*) pag. 345.

(5) *Arrendamentos.*

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) pag. 347 declara, que depois de terminado o arrendamento a acção de lesão tambem tem lugar, posto que haja decisões em sentido contrario, de que Valasco—*De jure Emph.* q. 28 *in fine* he um dos propugnadores; e em apoio de sua opinião regista um *ar.* citado pelo Dez. João Alvares da Costa, que tambem aqui consignamos:

« Tivemos duvida no Senado, que pertencendo a um Rendeiro por contracto os fructos de umas commendas que tinha arrendado, lhe arrematou um credor seu (*hoc est* do Rendeiro) em execução os fructos de um anno por 800$000, sendo que valião muito mais do dobro, e passados sete annos o dito Rendeiro demandou ao credor, que arrematou os ditos fructos, por *lesão enormissima.*

« Dividirão-se os votos, dizendo uns que era *lesão enorme*, e outros que *enormissima*; vencendo que era *enorme*, se duvidou como a restituição se podia fazer estando os fructos *consumptos.*

« Eu disse que era superfluo controverter, se era enorme ou enormissima; porque neste caso *in effectu* não ha differença; disse que o negocio se havia de regular pelo caso *de finita locatione*, e serem passados trez annos, em que os fructos se presume durarão (Valasco—*De Jure Emph.* q. 28, etc.); no qual não podendo ter lugar a escolha da faculdade alternativa da l. 2 Cod. *de rescind. vendit.*, não tem lugar a rescisão do contracto, pela opinião de Decio, que segue o dito Valasco supra.

« Porém concluio-se e se venceu na fórma seguinte: que restituisse o arrematante o resto do justo preço dos fructos, pelo que tinha provado a parte nos autos sobre a lesão; reprovada a opinião de Decio e Valasco, e seguida a contraria, commua e favoravel. (Gama—*Dec.* 19, etc.) »

Consulte-se tambem o mesmo Siiva Percira no Rep. to. 2 nota (*c*) pag. 246.

(1) *Aforamentos.*

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) pag. 246 diz, apoiado em differentes Juristas, que esta Ord. se deve entender quando o pagamento da pensão corresponde aos fructos, e não quando he modica, e em reconhecimento do dominio. Entretanto no to. 3 nota (*a*) pag. 350 e 351 exclue essa distincção mudando de parecer.

Consulte-se a nota do Dez. João Alvares da Costa no fim da mesma nota de Silva Pereira, e bem assim Valasco—*De jure emph.* q. 27 de n. 7, Pereira e Castro—*Dec.* 101, Macedo—*Dec.* 32, Themudo—*Dec.* 110 e 153, Pegas—*Forens.* to. 1 cap. 3 n. 971.

(2) *Escaimbos*, i. e., trocas, differindo pouco da compra e venda, podem ser rescindidas por lesão enorme. Os Juristas apenas excluem as trocas de Beneficios.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) pag. 353 regista a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa, ácerca do caso em que o agente se repute comprador ou vendedor:

« Mas como proceder na lesão da permuta, sendo o agente ou permutante considerado ou comprador ou vendedor, duvidosa he a questão; porquanto o permutante gosa do direito de ambos pela l. 1 *de rerum permut*: O Dez. Viegas diz, que gosa do direito de vendedor, o que obra; porém tu deves dizer, que ou a lesão se acha na cousa recebida ou na cousa dada; se na cousa recebida he comprador, se na dada, he vendedor.

Consulte-se tambem o mesmo Silva Pereira no to. 2 nota (*a*) pag 246.

(3) *Transauções.* Esta palavra, diz Barbosa no *com.* n. 6, não se achava na Ord. Manuelina, foi introduzida para pôr termo as questões dos Jurisconsultos.

T. de Freitas na nota (2) no art. 359 da *Consol.* diz o seguinte:

« O § 6 da citada Ord. liv. 4 t. 13, designa as *transacções* entre os contractos rescindiveis por lesão, e no *Rep.* to. 3 pag. 354, toma-se esta palavra em sentido rigoroso, opinando-se sempre que a *transacção* (contracto de composição entre as partes para extinguirem obrigações litigiosas ou duvidosas) tambem pode ser rescindida por lesão, reconhecendo-se todavia que o caso he duvidoso.

« Entendo a Ord. por diverso modo: não tomo a palavra *transacção* em seu sentido rigoroso, porque a doutrina geralmente seguida he, que não se póde allegar lesão contra as transacções. Se ellas têm por objecto direitos litigiosos ou duvidosos, se o seu fim he a prevenção de demandas, a tranquillidade das partes; nada menos rasoavel do que facilitar litigios futuros sob pretexto de lesão. »

Rebouças nas *Observações* à este art. da *Consol.* referindo-se as Ords. do liv. 3 t. 20 § 15, t. 50 pr., t. 59 segunda parte, e t. 77 § 1 justifica a doutrina do *Rep.* e da Ord. deste t. § 6, concluindo desta fórma:

« Em summa, não póde ser duvidoso que as *transacções*, propriamente ditas, sejão susceptiveis de rescisão de nullidade por lesão enorme ou enormissima, conforme o § 6 da Ord. do liv. 4 t. 13, á vista da L.

que se dá, ou deixa huma cousa por outra (1).

M.—liv. 4 t. 30 § 2.

7. E ainda que alguma cousa seja vendida per mandado da Justiça em pregão e em praça costumada, se depois fôr achado, que alguma das partes foi enganada na venda, ou compra além da metade do justo preço, podel-a-ha desfazer pelo beneficio desta Lei até quinze annos (2). Porém se ao tempo, que a tal arrematação se houver de fazer, o Porteiro notificar ao Juiz, que a manda fazer, como trouxe a tal cousa em pregão todo o tempo da Ordenação, e não acha por ella mais que o preço, que nella he lançado, o Juiz póde mandar novamente requerer o devedor, que pague a divida, senão que a cousa, ou penhor será arrematado pelo preço, que nelle he lançado, posto que seja pequeno, pois se não póde por elle mais achar (3).

E sendo feito este novo requerimento, se até oito dias primeiros seguintes o devedor não pagar a divida, e o Juiz mandar fazer a arrematação, e fôr feita em publico lugar e costumado sem alguma arte, ou engano (1), tal arrematação, assi feita per auctoridade e special mandado de Justiça, não poderá ser retratada e desfeita em tempo algum por razão da falta do justo preço, nem por o comprador dizer, que foi enganado em dar por a cousa mais da metade do justo preço. Porque, pois o comprador quiz fazer a dita diligencia dos oito dias (2), para o senhor da cousa,

---

de 31 de Maio de 1774, que as exceptua da regra geral prohibitiva da clausula depositaria nesta substancia:

« Ordeno que a 1ª das sobreditas clausulas se não torne mais a praticar em outros alguns casos que não sejão...... 3º, o das *transacções*, em que os transigentes pretendem impugna-las, e proseguir o negocio principal em todo ou em parte, quando nellas se acharem *lesos* enormissimamente; com tanto que neste 3º caso hajão de refundir, antes de serem ouvidos, o que por effeito das *transacções* impugnadas houverem recebido. »

Consulte-se ainda sobre a mesma materia. O mesmo Silva Pereira—*Rep.* to. 2 nota (a) á pag. 247, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 747 e nota.

(1) Vide Ord. do liv. 3 t. 78 § 6, e L. de 4 de Julho de 1776, e Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 8 § 11, liv. 3 t. 3 § 17, e liv. 4 t. 12 § 15, Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 1 pag. 298, *Dir. Emphy.* to. 1 pags. 50 e 57, to. 2 pag. 259, to. 3 pag. 76, *Proc. Execut.* pag. 224, *Fascic.* to. 1 pag. 74, to. 2 pags. 188 e 199, *Dir. Dom.* pag. 58, *Obrig.* pags, 342 e 448, e *Aval.* pag. 43.

(2) Vide Ord. do liv. 2 t. 53 § 7.

(3) Por esta Ord. combinada com a do liv. 2 t. 53 § 7 e § 18 da L. de 20 de Junho de 1774 ficou firmada a doutrina da remissão dos bens penhorados, que o D. n. 737—de 25 de Novembro de 1850 no art. 546 estabeleceu com mór claresa no processo commercial, cuja integra aqui exaramos:

« He licito não só ao executado, mas tambem a sua mulher, ascendentes e descendentes, remir ou dar lançador á todas ou a algum dos bens penhorados até a assignatura do auto da arrematação ou publicação da sentença de adjudicação, sem que seja necessaria citação do executado para dar lançador. »

T. de Freitas na *Consol.* art. 569 estabelece a doutrina de que não he admissivel acção de lesão na compra e venda feitas em hasta publica com as solemnidades legaes; deduzindo-a da combinação desta Ord. e da do liv. 2 t. 53 § 7 e § 18 da L. de 20 de Junho de 1774, e procura justifica-la com as seguintes razões:

« Este ponto da maior importancia para tranquillisar os arrematantes, tem sido duvidoso até o presente. Os Praxistas varião; o art. 559 do Reg. Com. não lhe tocou, deixando para o Direito Civil as questões sobre os effeitos das arrematações; e o § 7 da citada Ord. começa por uma solução epposta á que adoptamos.

« A lesão he allegavel, diz Silva Lisboa—*Dir. Merc.*, *ainda nas vendas judiciaes, feitas por arrematação*; pois a hasta publica não deve ser o vinculo de iniquidades.

« Antes da L. de 20 de Junho de 1774 só se fazia ao executado a primeira citação para a penhora (Ord. do liv. 3 t. 86 § 27), menos nas execuçoes fiscaes (Ord. do liv. 2 t. 53 § 7); porém a dita lei de 1774 no § 18 mandou que em falta de arrematante o executado fosse citado para dar lançador.

« Ora esta citação para dar lançador, ou para remir os bens, he precisamente a condição, de que a Ord. do liv. 4 t. 13 § 7 fazia depender o direito de rescindir as arrematações por lesão enorme.

« Desta maneira o que antigamente o arrematante devia praticar como cautela para livrar-se da acção de lesão, torna-se pela lei de 1774 *uma solemnidade geral* para todas as execuções.

« Lobão—*Execuções* § 422 quer que a citação do liv. 4 t. 13 § 8 seja acto differente da citação ordenada pelo § 18 da lei de 1774; porém todo o pratico sabe que os *pregões* são uma vã formalidade, e que em nosso Fôro a citação do executado para *remir* ou *dar lançador* he sempre feita depois das praças, não tendo apparecido arrematante.

« Consequentemente a regra nesta materia he a que estampamos em nosso texto. No fôro commercial não ha citação para dar lançador. »

A doutrina firmada no art. 569 da *Consol.* he digna de ser adoptada por nova legislação, mas, como diz Rebouças—*Obs.* á este art., não se sustenta em presença de nossa actual legislação.

« Assim, pois, diz o mesmo Jurista, á vista dos §§ 7 da Ord. do liv 4 t. 13 e liv. 2 t. 53, não se póde dizer que he *absolutamente negada* ou *inadmissivel* a acção de lesão na compra e venda que se fizer em hasta publica com as solemnidades legaes: pois que, para que a sua negativa proceda, deve concorrer com as solemnidades legaes o *não haver alguma arte ou engano*; usando o § 7 do t. 13 da Ord. do liv 4 da expressão — *mais da metade do justo preço*, e o § 7 do t. 53 da Ord. do liv. 2 da correspondente—*lesão de menos da metade do justo preço*, Le consequente ficar competindo pelas mesmas leis a acção para desfazer a arrematação em todo o caso por lesão mais que enorme ou enormissima. »

Consulte-se Silva no *com.* de n. 30 em diante.

(1) *Sem alguma arte ou engano.* Vide nota precedente.

(2) *Oito dias.* He este o prazo marcado na lei para a remissão do penhor, e deve ser assignado pelo Juiz a requerimento do arrematante (Moraes—*De Execut.* liv. 6 cap. 14 de n. 2 em diante, Guerreiro—*De Invent.* liv. 4 cap. 12 n. 117, Arouca—*All.* 30, Silva no *com.* de n. 26 em diante).

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 2 nota (e) pag. 133, propõe a seguinte questão: Se o arrematante não requerer a assignação do termo de oito dias, poderá o devedor remir o penhor offerecendo o preço dentro do mesmo termo de oito dias?

Esta questão, diz o mesmo Silva Pereira, tem sido resolvida de differente modo, citando pela parte negativa a seguinte nota do Dez. Themudo, e pela affirmativa outra do Dez. Oliveira.

« Querem alguns, diz Themudo, que a lei não impôz a necessidade de assignar o Juiz termo de oito dias. Mas o contrario se firmou na praxe por opinião de sabios Dezembargadores, que sustentão que aquelle termo não fôra introduzido em pró do credor que compra, mas do devedor, para que não podesse remir o seu penhor já arrematado (Pereira de Castro—*Dec.* 61 de n. 1 a 11), com cuja decisão concorda a Ord. do liv. 2, 53 § 7, e a doutrina de Valasco—*De Jure Emph.* q. 7 n. 2, Themudo—*Dec.* 4 n. 19: e eu o vi julgado não uma, mas muitas vezes. »

Pelo contrario o Dez. Oliveira exprime-se assim:

« Por ser esta diligencia em favor do comprador se

em que he feita penhora, não poder usar do beneficio desta Lei, havemos por bem que isso mesmo (1) não possa delle usar o comprador (2).

M.—liv. 4 t. 30 § 7.

8. E do beneficio desta Lei não poderão gozar os Officiaes de Canteria, Alveneria, Carpenteria, nem outros quaesquer Officiaes nas obras de seus officios, que daqui em diante tomarem, nem das que tiverem tomadas de quatorze dias de Janeiro do anno de mil quinhentos oitenta e oito em diante, per si, ou per interpostas pessoas a concerto de partes, ou sendo-lhes arrematadas em pregão: nem sejam ácerca do remedio desta Lei ouvidos em tempo algum. Porque professando ser mestres daquella Arte, sabem e têm razão de saber, o verdadeiro preço das taes obras (3).

Alv. de 19 de Dezembro de 1587.

9. E posto que as partes renunciem o beneficio desta Lei, ou digam nos contractos, que fazem doação da maioria, que a cousa mais valer: e posto que se diga, ou se possa provar, que sabiam o verdadeiro preço da cousa, todavia as partes poderão usar do beneficio desta Lei, não sendo os Officiaes, de que acima fazemos menção. E a tal renunciação, doação, ou certeza havemos por nenhuma, posto que nestes casos outra cousa seja determinada per Direito Commum (4).

M.—liv. 4 t. 30 § 6.
Alv. de 19 de Dezembro de 1587.

10. E no caso, em o qual alguma pessoa desfizer qualquer venda, ou compra, ora seja feita em pregão por auctoridade de Justiça, quer acordada entre os contrahentes, por allegar e provar, que foi enganado além da metade do justo preço, e escolher tornar a propria cousa, sempre com ella restituirá os fructos do tempo da lide contestada em diante. E se o engano, que se allegar e provar, fôr enormissimo (1), restituir-se-ha a cousa precisamente, com os fructos do tempo da venda em diante (2).

TITULO XIV.

Que ninguem compre, nem venda desembargos.

Pessoa alguma, de qualquer sorte, não compre desembargos nossos (3), nem da Rainha e do Principe, a dinheiro nem a mercadorias, nem a outros alguns partidos, ainda que se possa dizer, que deu por elles outro tanto, como valiam. E o comprador, que o contrario fizer, perderá em dobro a quantia do desembargo, que assi comprar, e o vendedor outro tanto, a metade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar.

E se o que comprar os ditos desembargos, ou os tomar em pagamento de qualquer cousa, que se possa dizer, que se lhe deve, for nosso Contador, Scrivão dos Contos, Thesoureiro, Almoxarife, Recebedor, Scrivão do Thesouro e Almoxarifado, ou outro al-

---

segue, que se elle não quizer usar della, não se admitte, nem póde o devedor executado dizer, que offerecendo a divida nos oito dias se haja a arrematação por não feita, ainda que seja depositando logo a divida, e isso he o que se julgou em muitas causas; e em uma dellas se pedio *revista*, e se negou. »

Parece-nos que em vista da presente Ord. a opinião do Dez. Themudo merece ser preferida na pratica.

Vide tambem Pereira e Souza—*Prim. Lin.* notas 846 e 1603.

(1) Vide nota (3) da Ord. do liv. 1 t. 10 § 1.

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 61, Arouca—*All.* to. 3, *All.* 30, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2, nota (*a*) pags. 133 e 139, to. 3 nota (*a*) pag. 354, e nota (*a*) e (*b*) pag. 60, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 8 § 11, liv. 3 t. 12 § 14, e liv. 4. t. 22 § 11, Almeida e Souza—*Execuç.* pags. 103, 383, 385, 411, 416, 425 e 451, *Proc. Execut.* pag. 45, e *Fascic.* to. 2 pag. 107.

(3) Vide Ord. do liv. 3 t. 59 § 20, Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 355, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 8 § 11, e Almeida e Souza—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 316 e 380.

(4) Consulte-se sobre esta disposição a *Diss.* 6 de Almeida e Souza colligida no to. 2 do *Fasciculo* á pag. 186, que especial e positivamente se occupa com esta materia.

Vide além disto Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 66, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 356, e notas (*a*) e (*b*) á pag. 357, Mello Freire — *Inst.* liv. 1 t. 8 § 12, e liv. 4 t. 3 § 17 e o mesmo, Almeida e Sousa —*Proc. Execut.* pag. 244, *Fascic.* to. 1 pag. 17, *Seg. Lin.* to. 2 pag. 302, *Notas a Mello* to. 1 pag. 403, e *Obrig.* pag. 441, e Corrêa Telles — *Interp.* § 119.

(1) *Engano. . . . enormissimo*, he a lesão enormissima. Vide T. de Freitas—*Consol.* art. 359 nota (2).

(2) Daqui conclue-se, diz T. de Freitas—*Consol.* art. 567, que he uma *acção real* a de *lesão enormissima*, visto que pode ser intentada contra terceiro possuidor. A Lei entretanto não define o que seja *lesão enormissima*.

Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 1 art. 253, qualifica essa lesão quando se recebeo sómente a terça parte do valor da cousa.

Os Juristas deixão á arbitro do Juiz o julgar, quando se dá esse caso (Silva *com.* a rub. art. 4 n. 81).

Consulte-se sobre essa acção Corrêa Telles—*Doutr. das Acç.* de § 361 usque 366.

Vide L. de 4 de Julho de 1776 no preambulo, e Ord. deste t. § 7, Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 15, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 358, a nota do Dez. João Alvares da Costa, e nota (*a*) á pag. 360, Mello Freire — *Inst.* liv. 1 t. 8 § 11, liv. 4 t. 13 § 17, e t. 6 § 10, Almeida e Souza — *Acç. Sum.* to. 1 pag. 125, *Notas á Mello* to. 3 pag. 153, e Vanguerve—*Prat. Jud.* p. 1 pag. 16, e p. 4 pag. 82.

(3) *Desembargos nossos.* Segundo Silva no *com.*, pela expressão *desembargos* entende-se *ordens de pagamento.* Vide tambem Arouca na l. *Princeps* 31 n. 17, e Souza de Macedo—*Dec.* 94 n. 2.

Por *desembargos* entendião alguns, os diplomas ou titulos especiaes, ou graças nos quaes os Reys davão certas sommas aos seus creados na Côrte, quando se casavão.

Moraes no *Dicc.* define: Alvará, despacho, ou cedula, porque se mandava pagar nos Contos ou Erario alguma somma devida ou de mercê.

Desembargo quer diser *despacho*. De desembargo provém a expressão—*Desembargadores*, equivalentes á *Despachadores*.

Os Desembargadores do Paço erão outr'ora como os Ministros d'Estado hoje, pois assim erão chamados por que despachavão com o Rey.

gum Official de nossa Fazenda, ou pessoa das que andam e servem nella na Côrte, ou Corregedor, ou outro algum Official de Justiça ou outro Official nosso, de qualquer qualidade que seja, perca polo mesmo feito toda sua fazenda movel e de raiz, a metade para o Hospital de todos os Santos da cidade de Lisboa(1), e a outra para quem o accusar, e haverá a pena crime, que houvermos por bem(2).

M.—liv. 4 t. 40 pr.

1. E porque depois de os desembargos serem comprados, os vendedores fazem procurações simuladas aos compradores, dizendo, que lhes dão poder, que por elles e em seus nomes possam receber os taes desembargos por outro tanto dinheiro, que delles tem havido; mandamos que os taes desembargos, com as ditas procurações sem mais outra nenhuma prova, sejão havidos por comprados, para incorrerem nas sobreditas penas. Porque, quando em elles se mette a dita condição, não he senão por serem já os desembargos comprados; porque não o sendo, a procuração sòmente se faz, que os recebam pola parte, para lhe trazerem seu dinheiro, e darem delle conta (3).

M.—liv. 4 t. 40 pr.

2. E se algum dos sobreditos, que assi comprar, ou vender os desembargos, o descobrir ás nossas Justiças, antes que cada hum delles por isso seja accusado, ou antes de ser per Nós feita mercê a alguma pessoa, Nós lhe perdoaremos todas as penas desta Ordenação, e não haverá pena alguma; com tanto que prove a compra do desembargo ao tempo, que pelas Justiças para isso lhe fôr assinado, e mais haverá o que o descobrir e provar, a metade de tudo que a outra parte por esta Ordenação he obrigado pagar. E posto que o não prove, não lhe prejudicará a confissão, que fez, da compra, ou venda do desembargo (4).

M.—liv. 4 t. 40 § 1.

TITULO XV.

Que os Corregedores das Comarcas e outros Officiaes temporaes não comprem bens de raiz, nem façam outros contractos nos lugares, onde são Offiziaes (5).

Os Corregedores das Comarcas e Ouvidores dos Infantes, Mestres, Prelados, Condes, Capitães, e de quaesquer Senhores de terras, que forem postos em alguma Comarca, Cidade, Villa, ou em algum outro lugar, e os Juizes temporaes, e aquelles que pomos em algumas Cidades, ou Villas, sem limitação de tempo certo, durando o tempo de seus Officios, não poderão fazer casas de novo, nem comprar, nem aforar, nem escaimbar, nem arrendar bens alguns de raiz, nem rendas algumas, nem poderão receber doação de nenhuns bens moveis, ou de raiz, que lhe seja feita per alguma pessoa de sua jurisdição; salvo se fôr de seus ascendentes, ou descendentes, ou transversaes dentro no segundo grão *inclusive*, contado segundo Direito Canonico(1).

E esta mesma defesa se entenderá nos Officiaes, que com elles andarem, assi como Meirinhos, Chancereis, Scrivães, que forem postos per tempo certo. E qualquer, que o contrario fizer, haja por pena, que o contracto seja nenhum; e tudo aquillo que per bem delle receber, fizer, ou houver, seja perdido e confiscado para nossa Corôa.

E isto não haverá lugar nas casas, que alugarem para morar no tempo, que durarem em seus Officios, porque taes alugueres e arrendamentos poderão licitamente fazer; nem haverá lugar, quando repairarem as casas, que tinham, antes que fossem Officiaes (2).

M.—liv. 4 t. 38 pr.

1. Outrosi não poderão usar de mercadorias, nem compral-as para revender (3), nem comprar fiado, nem receber emprestado de pessoa alguma, que seja de sua jurisdição, na terra, ou lugar, onde tiverem os Officios(4). E o que o contrario fizer, perca toda a mercadoria, que contra esta defeza comprar, e

---

(1) Actualmente a *Misericordia*.

(2) Vide Silva no *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) á pag. 562, e to. 2 nota (a) á pag. 91, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 3 § 25, e liv. 4 t. 13 § 14, e Almeida e Sousa — *Execuç.* pag. 122, *Fascic.* to. 1 pag. 385, *Seg. Lin.* to. 1 pag. 86, to. 2 pag. 8, e to. 3 pag. 71, *Acç. Sum.* to. 1 pag. 198, *Dir. Emph.* to. 1 pag. 248, e *Notas a Mello* to. 1 pag. 327.

(3) Vide Silva no respectivo *com.*

(4) Vide Silva no *com.*

(5) Vide Barbosa no *com.*, e Als. de 29 de Agosto de 1720, e 27 de Março de 1721 determinando que nenhum Vice-Rey, Capitão General, Governador, Ministro ou Official de Justiça, podesse commerciar por si ou por outrem, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (o) á pag. 227.

(1) Vide nota ao § 1. A disposição desta Ord. tornou-se extensiva áos Magistrados vitalicios pela L. de 10 de Janeiro de 1678.

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (a) á pag. 283, e Almeida e Sousa—*Notas a Mello* to. 2 pag. 180.

(3) Esta prohibição foi reproduzida no Codigo Criminal art. 148 desta fórma:

« Art. 148. Commerciarem directamente os Presidentes, Commandantes de armas das Provincias, os Magistrados vitalicios, os Parochos e todos os Officiaes de Fazenda dentro do districto, em que exercerem suas funcções, em quaesquer effeitos que não sejão producções dos seus proprios bens.

« *Penas*—de suspensão do emprego por um a trez annos, e de multa correspondente á metade do tempo.

« Será, porém, permittido a todos os mencionados dar dinheiro a juros, e ter parte por meio de Acções nos Bancos e Companhias Publicas, uma vez que não exerção nellas funcções de Director, Administrador ou Agente, debaixo de qualquer titulo que seja. »

(4) Hoje esta disposição se acha substituida pelo art. 149 do Codigo Criminal desta forma:

« Art. 149. Constituir-se devedor de algum Official ou Empregado seu subalterno, ou dal-o por seu fiador, ou contrahir com elle alguma outra obrigação pecuniaria.

« *Penas*—de suspensão do emprego por trez a nove mezes, e de multa de cinco a vinte por cento da quantia da divida, fiança ou obrigação. »

o que receberem emprestado, pague a quem lho emprestou, e outro tanto para a Corôa de nossos Reinos (1).

M.—liv. 4 t. 38 § 1.

TITULO XVI.

Que os Clerigos e Fidalgos não comprem para regatar.

Os Clerigos de Ordens Sacras, ou Beneficiados, e os Fidalgos e os Cavalleiros, que stiverem em acto militar, não comprarão cousa alguma para revender, nem usarão publicamente de regataria (2), porque não convem a suas dignidades e stado militar entremetterem-se em acto de mercadejar, antes lhes he per Direito defezo.

E portanto mandamos ás nossas Justiças, que lhes não consintam negociar em semelhantes negocios. E aos ditos Clerigos e Beneficiados sequestrarão as mesmas mercadorias, e farão autos, que remetterão com as mercadorias aos Juizes Ecclesiasticos, seus Ordinarios (3).

M.—liv. 4 t. 32 pr.
S.—p. 2 t. 2 l. 7.

TITULO XVII.

Quando os que compram escravos, ou bestas, os poderão enjeitar, por doenças ou manqueiras (4).

Qualquer pessoa (5), que comprar algum scravo doente de tal enfermidade, que lhe tolha servir-se delle, o poderá engeitar a quem lho vendeu, provando que já era doente em seu poder da tal enfermidade, com tanto que cite ao vendedor dentro de seis mezes do dia (6), que o scravo lhe fôr entregue (7).

M.—liv. 4 t. 16 pr.
Ass. de 19 de Abril de 1586.

1. E sendo a doença de qualidade, ou em parte, que facilmente se deixe conhecer, ou se o vendedor a manifestar ao tempo da venda, e o comprador comprar o scravo sem embargo disso: em taes casos não o poderá engeitar, nem pedir o que menos valia do preço, que por elle deu por causa da tal doença. Porém, se a doença, que o scravo tiver, fôr tão leve, que lhe não impida o serviço, e o vendedor a calar ao tempo da venda, não poderá o comprador engeitar o scravo, nem pedir o que menos val por causa da tal doença (1).

2. Se o scravo tiver algum vicio do animo, não o poderá por isso o comprador engeitar, salvo se fôr fugitivo, ou se o vendedor ao tempo da venda affirmasse, que o scravo não tinha vicio algum certo, assi como se dissesse, que não era bebado, nem ladrão, nem jogador; porque achando-se que elle tinha tal vicio ao tempo da venda, o poderá engeitar o comprador. Porém, ainda que por o scravo ter qualquer vicio do animo (que não seja de fugitivo), e o vendedor o calar, não possa o comprador engeital-o; poderá todavia pedir o que menos val por causa do tal vicio, pedindo-o dentro de hum anno, contado no modo acima dito (2).

3. Se o scravo tiver commettido algum delicto, polo qual, sendo-lhe provado, mereça pena de morte, e ainda não fôr livre por sentença, e o vendedor ao tempo da venda o não declarar, poderá o comprador engeital-o dentro de seis mezes, contados da maneira, que acima dissemos (3). E o mesmo será, se o scravo tivesse tentado matar-se por si mesmo com aborrecimento da vida, e sabendo-o o vendedor, o não declarasse (4).

4. Se o vendedor affirmar, que o scravo, que vende, sabe alguma arte, ou tem alguma habilidade bôa, assi como pintar, esgrimir, ou que he cosinheiro, e isto não sómente pelo louvar, mas pelo vender por tal, e depois se achar que não sabia a tal arte, ou não tinha a tal habilidade, poderá o comprador engeital-o; porém, para que o não possa engeitar, bastará que o scravo saiba da dita arte, ou tenha a tal habilidade meãmente. E não se requere ser consummado nella (5).

---

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*

(2) *Regataria*, i. e., o officio de comprar e vender por miudo. Tambem se diz *regatia*.

(3) Esta Ord. hoje não vigora, em vista da legislação criminal moderna.

Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 484, e Almeida e Souza — *Notas á Mello* to. 1 pag. 118, e *Seg. Lin.* to. 3 pag. 70.

(4) *Manqueiras*, i. é., falta e defeito habitual. Manha e sestro dos animaes.

Vide Barbosa *com.*, e Corrêa Telles — *Doutr. das Acç.* de § 350 usque 352 e notas, e *Dig. Port.* to. 3 de n. 270 á 291.

(5) Menos o Medico, Alveitar, ou mercador de animaes, ou tanganhão.

(6) Passada esta epocha a acção prescreve, a menos que ignore o comprador que o escravo esteja doente (Silva—*com.* n. 31).

(7) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 74, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 559, Phæbo—*ar.* 35, Mello Freire —*Inst.* liv. 2 t. 1 § 12, e liv. 4 t. 3 § 18, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 813 e 816.

Não ha direito para esta acção quando os objectos são arrematados por authoridade da Justiça, como no caso do evento.

O Codigo das Duas Sicilias no art. 1495 denega esta acção nas vendas de moveis feitas em feiras, ou mercados.

---

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 560, e T. de Freitas—*Consol.* art. 550 nota (2).

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 561, e to. 2 nota (*a*) a pag. 250, e T. de Freitas—*Consol.* art. 566 nota (2).

(3) Vide nota (6) ao pr. deste titulo.

(4) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 561, e to. 2 nota (*b*) á pag. 250, e T. de Freitas—*Consol.* art. 556 nota (2).

(5) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) á pag. 561, e T. de Freitas—*Consol.* art. 556 nota (2).

5. Se o scravo, que se póde engeitar por doente, fallecer em poder do comprador, e elle provar que falleceu da doença, que tinha em poder do vendedor, poderá pedir, que lhe torne o preço, que por elle deu. E quando se o scravo engeitar por fugitivo (como acima dissemos), poderá o comprador pedir o preço, que por elle deu, posto que ande fugido, com tanto que possa provar, que em poder do vendedor tinha o o vicio de fugitivo. E dará fiança a o buscar pondo nisso toda a diligencia de sua parte, e a o entregar ao vendedor, vindo a seu poder (1).

6. Engeitando o comprador o scravo ao vendedor, tornar-lho-ha, e o vendedor tornará o preço e a siza, que o comprador pagou, e assi o que tiver dado ao Corretor, não sendo mais que o que per Direito, ou Regimento lhe fôr devido. E assi mais pagará o vendedor ao comprador as despesas, que tiver feitas na cura do scravo, quando por causa da doença o engeitar (2).

7. Se o scravo, que o comprador quizer engeitar, fôr de Guiné (3), que elle houvesse comprado a pessoa, que de lá o trouxesse ou ao tratador do dito trato, ou ao mercador, que compra os taes scravos para revender (4), não poderá ser engeitado, senão dentro de hum mez, que lhe correrá do dia, que lhe fôr entregue, para dentro delle citar e demandar ao vendedor, que lhe torne o que por elle lhe deu (5), provando, que ao tempo da entrega já era doente da doença, ou manqueira porque lho engeita. O que haverá lugar, quando ambos stivessem em hum mesmo lugar; porque não stando ambos nelle, protestando o comprador ao Juiz do lugar, onde stá, e mostrando o scravo a dous Physicos (6), se os houver, ou ao menos a hum examinado, que digam, que he manco, ou doente da doença, ou manqueira, que tinha ao tempo, que lhe foi entregue, poderá citar e demandar ao vendedor dentro de outro mez: e assi dentro de dous mezes contados do dia da entrega. E isto, stando o vendedor no Reino, porque stando fóra delle, poderá o comprador protestando e fazendo a diligencia acima dita, cital-o dentro de hum mez do dia, que chegar ao Reino (1).

M.—liv. 4. 16 pr.

8. E o que dito he nos scravos de Guiné, haverá lugar nas compras e vendas de todas as bestas, que por quaesquer pessoas forem compradas, que se quizerem engeitar por manqueira ou doença (2). E ainda que os scravos se não podem engeitar por qualquer vicio e falta do animo, como atraz he declarado, as bestas se podem engeitar por os taes vicios, ou faltas do animo, assi como se sem causa, e não lhe sendo feito mal algum, se espantarem, ou impinarem, ou rebellarem (3).

M.—liv. 4 t. 16 § 1.

9. E todas as cousas acima ditas se poderão engeitar, não sómente quando são havidas per titulo de compra, mas ainda se forem havidas per troca ou escaimbo, ou dadas em pagamento, ou por qualquer outro titulo, em que se traspasse o senhorio: mas não se poderão engeitar, quando forem havidas per titulo de doação (4).

10. E as cousas, que não são animadas, quer sejam moveis, quer de raiz, se poderão engeitar por vicios, ou faltas, que tenham, assi como hum livro comprado, no qual falta hum caderno, ou folha em parte notavel, ou que stá de maneira, que se não possa ler, ou hum Pomar, ou Horta, que naturalmente sem industria dos homens produze plantas, ou hervas peçonhentas (5).

---

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Themudo—p. 1 *Dec.* 41 n. 7, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*d*) á pag. 561, e T. de Freitas — *Consol.* art. 558 nota (2).

Alem da restituição do preço, diz o mesmo Jurista, o vendedor indemnisará o comprador da sisa que houver pago, corretagem do costume, e das despezas que houver feito com a cura do escravo enjeitado por molestia como no § 6.

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*e*) a pag. 261, e T. de Freitas—*Consol.* art. 556 nota (2) e art. 558 nota (2).

Na nota (2) ao art. 604, diz o mesmo author o seguinte a proposito da venda de immoveis:

« Esta Ord. trata da acção redhibitoria por compra de escravos ladinos, porem a razão he a mesma que nos casos de acção redhibitoria por compra de bens de raiz. »

(3) *Guiné.* E esta expressão comprehendia todos os paizes da Africa que outr'ora abastecião o mercado do Brazil de escravos.

A L. de 7 de Novembro de 1831 acabou com este commeecio.

(4) A este mercador chamava-se *tanganhão.*

(5) Segundo o Cod. do Com. art. 213, além da restituição do preço, o vendedor deverá igualmente pagar as despezas que tiver occasionado com os juros da lei.

(6) *Physicos*, i. e., Medicos.

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 187, Almeida e Sousa — *Notas á Mello* to. 2 pag. 611, e to. 3 pag. 234, e T. de Freitas — *Consol.* art. 556 nota (2) e art. 558 nota (2).

Pela L. de 7 de Novembro de 1831 supracitada ficou sem vigor esta Ord. pelo que respeita a escravos boçaes.

(2) Presume-se que um animal morre de molestia interior, morrendo dentro do praso de trez dias do contracto (Silva — *com.* á Ord. deste liv. t. 8 pr. n. 36, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 n. 285).

O *Codigo da Prussia* no art. 202, marca 24 horas.

(3) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Themudo—p. 3 *dec.* 332, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 307, e to. 2 nota (*d*) á pag. 249, Mello Freire — *Inst.* liv. 4 t. 3 § 18, Almeida e Sousa — *Acç. Sum.* to. 1 pag. 114, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 234, e T. de Freitas—*Consol.* art. 556.

Não estando presente o vendedor, protesta-se dentro do mez em que por esta lei se permitte engeitar.

(4) Vide Barbosa, e Siva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ord.* to 2 nota (*b*) a pag. 249, e Almeida e Souza—*Acç. Sum.* to. 1 a pag. 114.

(5) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ord.* to. 2 nota (*e*) á pag. 249.

Os immoveis e inanimados, enjeitão-se dentro do anno pela acção *quanti minoris.*

Silva Pereira no —*Rep.* contempla tambem nas casas, como vicios redhibitorios, os phantasmas e máos visinhos, etc.

TITULO XVIII.

Quando os Carniceiros, Padeiras, ou Taverneiros serão cridos por seu juramento no que venderem fiado de seus mesteres (1).

O Carniceiro, que der carne fiada a alguma pessoa, ou Padeira pão, ou Taverneiro vinho, e demandarem em Juizo seus devedores, a que as ditas cousas fiaram, posto que não tenhão testemunhas, per que possam provar as dividas, havemos por bem que sejam cridos por seu juramento (2), com tanto que a divida não passe de mil réis (3).

Porém, se o Carniceiro, Padeira, ou Taverneiro, se calar per hum anno, contado do derradeiro dia, que deixou de dar carne, pão, ou vinho fiado a seu devedor, sem nunca mais requerer a paga a quem o fiou, sendo elles ambos no lugar, e não tendo legitimo impedimento, porque o não podesse requerer, não sejão cridos por seu juramento em quantidade alguma, mas poderão demandar o que sómente provarem. E neste caso valerá a prova de huma testemunha(4), ou a confissão da parte, posto que seja fóra do Juizo (5), e em ausencia da outra parte, ou outra qualquer semelhante prova, em a quantia dos ditos mil réis (6).

M.—liv. 4 t. 48 pr. e § 1.

TITULO XIX.

Do que prometteu fazer scriptura de venda, ou de outro contracto, e depois a não quer fazer (7).

Se algumas pessoas fizerem contracto de venda, ou de outra qualquer convença, e ficarem para fazer scriptura desse contracto, antes que se a tal scriptura faça, se póde arrepender (1) e arredar da convença o que havia de fazer a scriptura. E isto haverá lugar, quando o contracto fôr tal, que segundo Direito não possa valer sem scriptura, e que a scriptura seja de substancia do contracto(2), assi como nos contractos, que se devem fazer e insinuar(3), e em contracto emphyteutico de cousa Ecclesiastica(4)

---

(1) O Alv. de 12 de Agosto de 1695 determinava que os taberneiros e pessoas que dão de comer aos pobres e forasteiros, não podessem prende-los por dividas de comer e beber; e passando estas de dez mil réis para cima ficassem nos termos ordinarios.

Vide Barbosa no *com.*

(2) *Juramento.* Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) á pag. 271, regista a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa :

« Nos termos da Ord. t. 18, *se admitte prova em contrario*, D. D. in cap. fin. *De eo quod met.*, tec. Viegas *hic*, limita, a menos que não sejão pessoas de má fama e infames; e declara que primeiro deverá constar se são taberneiros, e fornecessem vinho, carne, pão, por quanto sómente jurão a quantidade fornecida : mas o contrario acontece na praxe, por isso que essas pessôas jurão tanto sobre a quantidade, como sobre o facto, e assim parece ser a intenção da lei. »

(3) Esta somma foi elevada ao triplo pelo Al. de 16 de Setembro de 1814 § 2.

(4) *Huma testemunha.* E não he só este caso em que esta prova vale. Ha tambem os da Ord. do liv. 1 t. 24 § 17, liv. 3 t. 55 § 10, e liv. 5 t. 117 § 10.

Vide Barbosa—*com.* á Ord. do liv. 3 t. 55 concl. 1 de n. 4 em diante, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 808.

(5) *Confissão da parte, posto que seja fora do Juizo.* Vide Silva—*com.* á Ord. do liv. 3 t. 52 pr. n. 65, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 notas (*b*) e (*c*) á pag. 600.

(6) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 8 § 30 nota, e liv. 4 t. 17 § 11, Almeida e Sousa— *Dir. Emph.* to. 1 pag. 229, *Seg. Lin.* to. 3 pag. 19, *Notas á Mello* to. 2 pag. 339, e *Aval.* pag. 107, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 465 nota, e Corrêa Telles—*Dout. das Acç.* § 19 nota (1).

(7) Vide Ord. do liv. 3 t. 59, Alv. de 30 de Outubro de 1793, Av. n. 264—de 23 de Setembro de 1835, nos *additamentos* ao liv 3 e á este liv., Barbosa—*com.*, e T. de Freitas—*Consol.* art. 368 notas, e Rebouças- *Obs.* ao mesmo art.

(1) Ainda nos contractos feitos com o Fisco tem logar o arrependimento. Não obstante, o senhorio que acceita o prazo que o foreiro lhe offerece não pode arrepender-se (Silva Pereira— *Rep. das Ords.* t. 1 nota (*a*) pag. 228).

(2) A escriptura publica ou he da substancia do contracto, ou necessaria para a prova, como nos casos da Ord. do liv. 3 t. 59.

Os casos em que, segundo o nosso Direito, he da substancia do contracto são os seguintes :

1.º—Nas doações que devem ser insinuadas.

2.º—Nos contractos de aforamento de bens ecclesiasticos.

3.º—Nos contractos esponsalicios (L. de 6 de Outubro de 1784 § 6, que he extensiva aos contractos de casamento em geral, puramente esponsalicios ou não).

4.º—Nos hypothecarios (L. de 20 de Junho de 1774 § 33, e L. n. 1274—de 24 de Setembro de 1864 art. 4 § 6).

5.º—Nos de compra e venda de bens de raiz, cujo valor exceda de 200§000, sob pena de nullidade (L. n. 840—de 15 de Setembro de 1855 art. 11, e Avs. n. 49—de 22 de Janeiro, e n. 409—de 16 de Dezembro de 1856, e n. 235—de 30 de Julho de 1858).

6.º—Nos contractos de compra e venda, e dação *in solutum* de escravos cujo valor ou preço exceda de 200§000, qualquer que seja o lugar em que taes contractos se possão effectuar (L. n. 1114—de 27 de Setembro de 1860 arts. 11 § 3, e 11 § 7, e D. n. 2699—de 28 de Novembro do mesmo anno art. 3).

Estas disposições tem sómente vigor na Côrte e respáctivo Municipio.

Nas Provincias rege outra legislação á este respeito; ainda que pelo D. n. 2833—de 12 de Outubro de 1861 sobre a transferencia de escravos e arrecadação do imposto da sisa, actualmente em todo o Brazil vigore aquella legislação ; que se encontrará nos *additamentos* á este livro.

7.º—Nos contractos em que as partes expressamente convencionão fazer escriptura, ou se possa presumir ser essa a sua vontade.

(3) As doações que segundo a taxa da lei, devem ser insinuadas, posto que, ainda nestas circumstancias, nem todas obrigão á escriptura publica, como as da Ord. do liv. 3 t. 59 § 11.

T. de Freitas na *Consol.* art. 413 *diz* o seguinte referindo-se á esta Ord.:

« As doações entre parentes nos casos da Ord. do liv. 3 t. 59 devem ser insinuadas, porem a *scriptura publica* não he da *substancia della*, ex vi da citada Ord. § 11, e da segunda parte do § 21 que diz :

« E quanto aos dotes, e quaesquer outras convenções, e promettimentos feitos nos casamentos, haverá lugar o que acima dizemos no § 11. »

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) á pag. 623, e Reynoso—*Obs.* 44.

(4) T. de Freitas na *Consol.* art. 367 § 2 nota diz o seguinte :

« Na pratica reputa-se a escriptura publica como *substancial* de todos os aforamentos.

« Devo observar que a despeito da Ord. do liv. 4 t. 19 pr., muitos aforamentos de bens Ecclesiasticos existem entre nós sem escriptura publica, constando apenas de assentos lavrados nos livros. Para não fazer-se injustiças cumpre attender ao que sensatamente tem escripto Lobão—*Dir. Emphy.* nota ao § 67. »

Na nota ao art. 605 da mesma obra—*Consol.* diz que

e em outros (1), que segundo Direito são de semelhante qualidade e condição (2).

M.—liv. 4 t. 36 pr.

1. Outrosi haverá lugar, quando as partes, ou cada huma dellas disser expressamente, que sua vontade he, que o contracto se faça per scriptura, e que de outra maneira não valha: Ou posto que o expressamente não diga, se per algum modo se podesse entender, que sua vontade era, que sem scripto não valesse; assi como quando algumas pessoas de stado, ou de grande qualidade querem entre si tratar alguma convença, e de huma parte a outra declaram per scripto suas vontades, antes que sejão concertados em huma tenção, e depois que per seus scriptos se concordam, confirmam suas convenças per scriptura (3).

E em tal caso se deve per Direito entender, que pois per scripto trataram sempre sua convença, e não per palavra, sua vontade era ser o contracto celebrado per scripto. E póde-se pôr outro exemplo: quando as partes querem fazer alguma convença, e dizem, que lhes apraz fazer-se em scripto, posto que expressamente não digam, que de outra maneira não valha, assi se deve entender, porque em scripto se chama, quando a scriptura he *de substancia* do contracto, ou convença.

Por tanto nestes casos e outros semelhantes a convença não tem firmeza alguma, nem póde valer, nem obrigar as partes, senão depois que a scriptura he feita e lida, e assinada pelas partes. Pelo qual per Direito cada huma das partes se póde apartar do contracto, antes que per seu assinado firme a convença.

M.—liv. 4 t. 36 § 1.

2. E quando as partes affirmassem entre si alguma convença, de que a scriptura não não fosse de substancia do contracto, posto que, depois de a terem simplesmente affirmada dissessem, que fossem fazer scriptura, sendo a cousa, sobre que se fez a convença, ou a quantia tal, que segundo nossas Ordenações não se possa provar, senão per scriptura publica, se a parte confessar (1), que a convença foi entre elles affirmada, será constrangida (2) a fazer della escriptura.

E se a parte negar, que entre elles foi feita a tal convença, e per conseguinte, que não ficou com elle de lhe fazer scriptura, e a outra parte disser, que quer provar per testemunhas (3), como ficou de lha fazer, não será ouvido em Juizo sobre tal razão, salvo se quizer deixar em juramento da outra parte a cousa, sobre que fôr a demanda, porque em maneira facilmente se faria engano (4) á Ordenação (do Liv. 3. Tit. 59): *Das provas que se devem fazer per scripturas publicas* (5).

M.—liv. 4 t. 36 § 2.

TITULO XX.

Como se pagará o pão, que se vendeo fiado, ou se emprestou.

Posto que algumas pessoas vendão pão fiado por quaesquer preços declarados nos contractos, ou para lho pagarem á mór valia, que valer no lugar, ou Comarca, onde o venderem, sem lhe pôrem tempo certo, ou para lho pagarem em termo de hum anno, ou mais, ou se emprestarem pão, sem lhe pôrem tempo certo, ou termo de certos annos: mandamos que sem embargo dos preços declarados nos contractos, os compradores não sejam obrigados pagar o preço

---

tambem se pode constituir aforamento *por testamento* do que dá idéa o § 8 da Ord. deste liv. t. 37.

Consulte-se tambem a ultima parte dessa nota sobre a natureza do contracto de aforamento ou emphyteutico.

(1) Como o contracto de locação por largo tempo, que se assemelha á emphyteuse (Ord. do liv. 3 t. 93 § 3 e liv. 4 t. 38 pr.). Se he secular exige-se escriptura para a prova, e se he ecclesiastica, por ser de substancia. Silva—*com.* n. 27.

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) á pag. 631 to. 2 nota (*d*) á pag. 275, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 3 § 10, t. 11 §§ 11 e 28, liv. 4 t. 3 §§ 14 e 17, e *Hist.* § 51, Almeida e Sousa—*Dir. Emphy.* to. 1 pag. 254, to. 2 pag. 335, *Dir. Dom.* pag. 133, *Acç. Sum.* to. 1 pag. 254, e *Notas á Mello* to. 1 pag. 272, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* §§ 188, 208, 256, 268, 539, 754 e 738 nota I, e T. de Freitas—*Consol.* arts. 366, 367, 368, 411 e 605, e notas respectivas, e Rebouças—*Obs.* aos arts. 368 e 369 da *Consol.*

Corrêa Telles na *Interp.* § 75 referindo-se a L. de 6 de Outubro de 1784 § 1 que exige escriptura publica para os contractos esponsalicios diz, que a regra estabelecida no § da referida lei, opposta a todas as regras geraes do Direito, não deve ampliar-se fóra do seu caso.

« Assim, continua o mesmo Jurista, tambem as Leis que exigem escriptura, como *substancia* do contractos não se estendem além dos seus casos (Ord. deste liv. t. 19 pr.) porque a regra geral he, que a escriptura serve para prova, e não para a substancia do contracto. »

(3) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 17, t. 18 § 4, Almeida Souza—*Dir. Emph.* t. 1 pag. 154, *Obrig.* pag. 350.

(1) A confissão tem força de escriptura publica (Cabedo — p. 1 *dec.* 33 n. 11, Reynoso—*Obs.* 75 *in fine*, e Barbosa—*com.* n. 2).

(2) *Será constrangida.* Sobre estas palavras traz Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) pag. 632 a seguinte nota do Dez. Oliveira:

« Nota *in praxi*, que nunca vi na pratica fazer-se este constrangimento real, senão que em semelhantes casos se manda nas sentenças, que a parte faça escriptura; e não a fazendo fique a mesma sentença valendo, como se o fôra. »

E isto, não obstante o que em nosso direito se acha estabelecido (Ord. deste liv. t. 30 pr. e t. 34) de que quem está obrigado a um facto deve precisamente pôl-o em execução.

(3) Isto he no caso da somma do contracto exceder a quantia legal, por quanto, se estiver dentro da mesma somma pode provar-se, porque, como bem diz Silva *com.* n. 9, já não existe a rasão de fraudamento da lei.

(4) *Faria engano á Ordenação* i. e. fraudaria aquella disposição.

(5) Vide Barbosa, e, Silva nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 5 § 12 nota, e Almeida e Souza—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 593.

do dito pão, senão á mór valia, que o tal pão valer commummente a dinheiro de contado desde o dia, que o comprador o receber, até dia de Nossa Senhora de Agosto (1), o primeiro que vier depois do tal contracto, com tanto que não exceda o preço declarado no contracto: e isto, posto que os vendedores não peçam o pagamento ao dito termo, ainda que lho peçam, depois em qualquer outro tempo. E os que receberem emprestado pela dita maneira, não serão obrigados a pagar em pão, senão até o dia de Nossa Senhora de Agosto, posto que dê outra maneira se obrigassem.

E não pagando no dito tempo, por os credores o não demandarem, serão obrigados a pagarem o dito pão a dinheiro, á mór valia que valer desdo tempo, que o receberem, até o dito dia de Nossa Senhora, e mais não, ou á pão qual os devedores mais quizerem ao tempo da paga. O que haverá lugar em quaesquer pessoas, posto que sejão nossos Rendeiros.

E queremos que nenhuma pessoa possa renunciar esta Lei, e que renunciando-a, não valha a renunciação (2).

M.—liv. 4 t. 43.
S.—p. 6 t. 1 l. 5.

TITULO XXI.

Em que moedas se farão os pagamentos do que se compra, ou deve (3).

Postoque alguns compradores e vendedores, e outros contrahentes se concertem, que se haja de pagar certa moeda de ouro, ou de prata (4), será o vendedor obrigado receber qualquer moeda corrente lavrada de nosso cunho, ou dos Reys, que ante Nós foram na valia, que lhe per Nós fôr posta.

E por quanto alguns maliciosamente buscam moedas de cobre, para pagar suas dividas, havemos por bem que em todo o pagamento, que se fizer, se receba a moeda de cobre por esta maneira (5).

Sendo o pagamento de quantia de cincoenta réis se poderá fazer todo em cobre, e de cincoenta réis até duzentos, se pagará cincoenta réis em cobre, e de duzentos até mil se poderá pagar a quarta parte em cobre, e de mil até dous mil e quinhentos, se poderá pagar em cobre duzentos e cincoenta réis: e dois mil e quinhentos até dez mil réis, a decima parte (1).

E de dez mil até vinte mil, não serão as partes obrigadas tomar em cobre mais que mil réis. E de vinte mil réis até cem mil réis, a vintena parte sómente. E sendo o pagamento de maior quantia, que cem mil réis, se poderá pagar a razão de mil réis em cada cem mil réis, dos primeiros cem mil réis por diante. E as partes serão obrigadas ao receber pela dita maneira, sob as penas conteúdas no titulo seguinte (2).

M—liv. 4 t. 53. § 1.
S—p. 5 t. 8 l. 4 § 1.

1. E os pagamentos, que se fizerem, de compras de trigo de fóra do Reino, vendendo-se pelas proprias pessoas, que o trouxerem, e os pagamentos das speciarias (3), que se comprarem na Casa da India, e os que se fizerem per letra de cambios (4), se farão como sempre se fizeram, sem embargo desta Ordenação (5).

S—p. 5 t. 8 l. 4 § 1.

2. E os nossos Thesoureiros, Almoxarifes e Recebedores, e quaesquer outros Officiaes, que receberem nossos Direitos e rendas, não receberão os pagamentos, que as partes lhes houverem de fazer, senão pela dita maneira (6). E isso mesmo em quaesquer entregas de dinheiro de seus assentamentos, ou pagamentos, que houverem de fazer ás

---

(1) *Nossa Senhora de Agosto*, i. e., da Assumpção que se festeja a 15 de Agosto.

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) pag. 557, e nota (*b*) pag. 632, Pereira de Castro — *De Manu Regia* p. 3 cap. 69, Mello Freire — *Inst.* liv. 4 t. 9 § 14, e Almeida e Souza—*Proc. Execut.* to. 1 pag. 139, *Dir. Emph.* to. 1 pag. 464, *Execuç.* pag. 88, e *Fascic.* to. 3. pag. 64 e 68.

(3) Tanto esta Ord. como a do t. 22 se achão implicitamente revogadas, assim como a do liv. 1 t. 78 § 16, pela Legislação moderna citada na nota 4 no mesmo § 16; cuja legislação se encontrará nos *additamentos* a este livro.

Vide em Barboza *com.*, a curiosa noticia de moedas antigas de Portugal.

(4) *Moeda de prata.* Pelo Dec. n. 625—de 28 de Julho de 1849 art. 2, as moedas de prata não são admittidas (salvo a convenção) senão até a quantia de 20$000.

(5) O Al. de 19 de Fevereiro de 1699 determinava que não se podesse fazer pagamentos com dinheiro de cobre em maior quantia que de um tostão.

(1) *Decima parte.* A primeira edição diz sómente—*decima*.

(2) Vide Barbosa e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) pag. 633 e to. 3 nota (*b*) pag. 547 e nota (*a*) pag. 548, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 8 § 32, Almeida e Souza—*Dir. Emph.* to. 3 pag. 477 e T. de Freitas — *Consol.* arts. 822, 823 e 824 e notas respectivas, assim como Rebouças—*Obs.* ao art. 824.

(3) *Speciarias*, i. e., todas as drogas aromaticas, como canella, cravo, nóz moscada, cominhos, massas, pimenta, etc. que servem de adubar, ou as que servem na medicina.

(4) *Letra de cambios.* Vide Pereira de Castro—*Dec.* 126, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (c) pag. 364, e as Leis de 25 de Agosto de 1672, de 21 do mesmo mez de 1688, de 15 de Junho de 1714 e de 28 de Novembro de 1716.

Da mesma sorte consulte-se sobre esta materia Silva Lisboa—*Letras de cambio* tratado 4, Ferreira Borges—*Instituições do direito cambial*, e Souza Pinto—*Curso de direito cambial*.

Na obra de Silva Lisboa vem compendiada toda a legislação posterior ao reinado de D. João V sobre esta materia, até á epocha da nossa independencia.

Sobre letras de cambio a legislação que hoje rege-as, he a do Codigo do Commercio.

(5) Vide Pereira de Castro—*Dec.* 126.

(6) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 n. 331, 333, 769, 771, 1072 e 1079 e to. 2 n. 1094 e 1095.

partes, os farão pela dita maneira, sem pagarem mais em moeda de cobre, que o declarado em esta Ordenação, sob pena de suspensão de seus Officios até nossa mercê, e de pagarem outra tanta quantia em dobro, como se achar que pagaram nas ditas moedas de cobre contra fórma desta Ordenação, a metade para a pessoa, que os accusar, e a outra para nossa Camara.

S—p. 5 t. 8 l. 6 § 3

TITULO XXII.

Que se não engeite moeda d'El-Rey (1).

Qualquer pessoa, que engeitar nossa moeda verdadeira lavrada de nosso cunho, se fôr peão, seja preso e açoutado publicamente, e sendo homem, que não caibam açoutes, seja preso e degradado para a Africa per dous annos (2); e esta mesma pena, haverá o que engeitar moeda de ouro, que a estes nossos Reinos vier de fóra delles. Porém, se as ditas moedas de ouro, assi de nossos Reinos, como de fóra delles, e bem assi a nossa moeda dos tostões forem de menos peso do que devem ser, segundo sua Lei e peso, poder-se-hão engeitar sem pena alguma, salvo se a parte, que a der, quizer refazer a justa valia do que menos pesa, porque em tal caso a não poderão engeitar, e engeitando-a, incorrerão nas penas sobreditas (3).

M—liv. 4 t. 21 pr.

TITULO XXIII.

Dos alugueres das casas (4).

Ninguem póde reter a casa alheia, nem morar nella sem consentimento da pessoa, cuja fôr; e postoque o que nella mora, diga, que a quer tanto por tanto, e pagar de aluguer quanto outrem por ella der; não o póde fazer sem consentimento do senhor della (5).

M.—liv. 4 t. 57 pr.

1. Porém as pessoas, que tiverem casas, e as alugarem a outrem per tempo certo, assi como até S. João, S. Miguel, Natal, ou outro tempo declarado pelas partes, devem trinta dias, antes que se acabe o tempo do aluguer, requerer os alugadores que lhas deixem e despejem(1), quando se acabar o tempo: e feito o dito requerimento, poderão fazer das suas casas o que quizerem.

E querendo os senhores das casas, que os alugadores fiquem nellas per mais tempo, devem-os requerer trinta dias antes do tempo acabado, se querem ficar nellas per mais tempo; e feito este requerimento, os alugadores devem dar sua resposta até trez dias, e dizer se querem ficar nellas, ou não. E não dando resposta nos ditos trez dias, dahi em diante serão obrigados ter as casas, e pagar o aluguer dellas o anno, que vier; do que não serão escusos, postoque digam que têm outras casas alugadas, pois não deram resposta no tempo que deviam.

M.—liv. 4 t. 57 § 1.

2. E não sendo cada hum dos ditos requerimentos feito aos alugadores, ficará em sua escolha deixarem as casas, acabado o tempo, per que as tinham alugadas, ou ficarem nellas, e pagarem o aluguer a seus donos (2).

M.—liv. 4 t. 57 § 2.

---

(1) Vide nota *(a)* á rub. do t. 21 deste livro, e em Almeida e Souza—*Dir. Emph.* to. 3 o *Discurso Juridico, analytico, e historico sobre o uso da moeda papel.*

(2) Estas penas não vigorão actualmente.

(3) Vide Barbosa e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*), pag. 251, Coelho da Rocha—*Dir Civ.* § 781 e nota, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. n. 1079.

(4) O Al. de 11 de Junho de 1644 impunha aos senhorios a obrigação de não levantarem os alugueis das casas, depois da publicação da Lei das decimas.

O Al. de 3 de Julho de 1699 annullava o levantamento dos alugueres das casas que tinhão feito os senhorios, pretextando o encargo do imposto de quatro e meio por cento, havia pouco creado.

Vide Barbosa *com.*, e Ag. Barbosa nas *Castigationes* n. 45.

(5) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) pag. 152, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 19, Almeida e Souza—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 33 e 397, *Casas* pag. 262, *Notas a Mello* to. 1 pag. 64, *Seg Lin.* to. 2 pag. 350 e *Obrig.* pag. 310, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 de n. 735 a 867, *Doutr. das Acç.* § 176, 187 nota (1), e § 372, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* de § 830 a 852, e Ramos—*Apont.* de § 1218 a 1258.

(1) O Ass. de 23 de Julho de 1811 declarou que nas causas de despejo tem lugar a vista suspensiva, *sómente nos casos de bemfeitorias* feitas por expresso consentimento dos senhorios, *provadas em continente*, e de aposentadoria legitimamente concedida.

Este caso de *aposentadoria legitimamente concedida* cessou em virtude da Lei de 25 de Maio de 1821, que abolio os privilegios de aposentadoria; cuja lei foi recebida pela nossa lei 6ª—de 20 de Outubro de 1823.

T. de Freitas na *Consol.* art. 665 nota (1) diz o seguinte:

« Qual o meio de provar o expresso consentimento do locador para o inquilino fazer bemfeitorias? Domina a regra geral do Al. de 30 de Outubro de 1793 consolidada no art. 368 *supra.* »

O que quer dizer que se as bemfeitorias excederem a taxa daquelle Al. he indispensavel escriptura publica.

« Provado esse consentimento, diz o mesmo Jurista, o inquilino pode reter a casa arrendada, mas não se segue que o senhorio tem obrigação de lhe pagar as bemfeitorias. Incumbe ao inquilino provar que o senhorio obrigou-se a pagal-as. »

O Ass. de 8 de Junho de 1816 explicando o precedente, de 1811, diz: que havendo sentenças, que determinem o despejo, devem executar-se sem embargo de qualquer recurso, e do Ass. de 23 de Julho de 1811, que, ainda que comprehensivo do privilegio de aposentadoria de todas as corporações, que a tem, para serem ouvidas *com suspensão*, tem só lugar na fórma, que se declara no dito Ass. quanto á Ord. deste liv. t. 23 § 1.

Vide sobre a doutrina destes dous Ass. a nota á Ord. deste liv t. 24 pr..

Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) pag. 152.—Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 19, Almeida e Souza—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 394 e *Casas* pag. 43, Pereira e Souza—*Prim. Lin.* notas 915 e 1981, e Ramalho—*Prat.* p. 2ª tit. 3 cap. 3.

(2) Vide D. de 8 de Novembro de 1718 e de 28 de Julho de 1773 que declarão que o arrendamento he qualidade fundamental desta e das Ords. deste liv. tit. 24 e 34, e que convém verificar-se na applicação da lei.

Vide tambem Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 668 nota (4), diz que

3. E se o alugador da casa não pagar o aluguer ao tempo que prometteu, o senhor della o não poderá per si penhorar, por se escusarem differenças; mas poderá mandar fazer isso ao Alcaide da Villa, ou lugar, onde acontecer, ao qual mandamos, que per seu mandado faça essa penhora (1), sem auctoridade de Justiça (2).

E se o senhor da casa não achar a pessoa, a que a alugou, e achar outrem nella (3), poderá requerer oque achar na casa, ou o que nella tiver alguma cousa, que lhe pague o aluguer; e não querendo pagar, póde-o por isso mandar penhorar (4).

E achando-se depois, que o senhor da casa mandou fazer a penhora como não devia, sendo já pago do aluguer todo, ou de parte delle, pague ao alugador em tresdobro tudo o que fôr achado, que lhe não era devido. E o alugador poderá morar nas casas, e não seja dellas tirado, até que acabe tanto tempo, quanto montar no dito tresdobro(1), havendo respeito ao aluguer, porque a casa se alugou do principio, e mais seja-lhe entregue o seu penhor (2).

M.—liv. 4 t. 57 § 3.

TITULO XXIV.

Em que casos poderá o senhor da casa lançar fóra o alugador (3).

A pessoa, que dér de aluguer alguma casa á outrem por certo preço e á certo tempo, não a poderá lançar fóra della, durando o dito tempo, senão em quatro casos (4).

---

essas intimações não se usão entre nós, e as casas são alugadas quasi sempre sem contracto por escripto, *ad libitum* dos inquilinos; exceptuados os arrendamentos das grandes propriedades.

« O Al. de 22 de Maio de 1771 he relativo aos edificios de Lisboa. »

(1) Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) pag. 95 regista a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa :

« He estylo fazer-se embargo pelos alugueres futuros de casas nos bens que se achão, para depois, ainda que estejão fóra das casas, poderem ser penhorados na fórma desta Ord., *quia cautio rem facit extare, ex cautela* Baldi *relata* per Gratianum—*Forens.* cap 112 n. 2 : porém he necessario justificação de causa, para ter lugar o sequestro neste caso, *et non sustinetur ad libitum tantummodo petentis*, ut judicavit Senatus anno 1705, *quidquid aliter sit in fructibus prædii rustici.*

« Vide *tamen* Pacion — *de Locat.* cap. 38 n. 34, *ubi tenet*, quod licita est assecuratio pro futuris pensionibus.

« *Et nota* : que para o embargo he necessario, que conste por algum modo, que quer o inquilino ir-se da casa (Moraes—*De Execut.* liv. 1 cap. 4 § 1 n. 65).

« *Nota etiam* : que ainda que o procedimento executivo não possa ter lugar estando os bens fóra da casa, dura a hypotheca e acção hypothecaria (Giurba, cum aliis—*Dec.* 40 n. 9 e 10). »

O senhorio tem hypotheca legal privilegiada nos moveis existentes nos predios alugados, para a cobrança dos respectivos alugueres (L. de 20 de Junho de 1774 § 38).

T. de Freitas na *Consol.* nota (2) ao art. 1270 § 7 diz sobre este assumpto o seguinte :

« O § 2 do Al. de 24 de Julho de 1793, que limitou esta hypotheca aos moveis introduzidos na casa para uso e commodidade da habitação, exceptuando os generos de commercio, he sómente relativo ao concurso da fallencia commercial, e se acha substituido pelo art. 877 § 1 do Codigo Commercial.

« Pela novissima lei hypothecaria este caso tambem he de privilegio, e não de hypotheca; tanto mais por que bens moveis, como mobilia ou trastes, não são susceptiveis de hypotheca. »

(2) Na pratica o procedimento he diverso, e esta parte da Ord. não he observada.

Eis o que diz T. de Freitas na *Consol.* nota (1) ao art. 673 :

« Requer-se ao Juiz mandado de penhora executiva, e a conciliação se faz posteriormente á diligencia; reputando-se este caso comprehendido no art. 5 da *Disp. Provisoria*, e não no art. 6, que dispensa a conciliação nas execuções.

« A juncção do conhecimento da decima tambem he necessaria nos termos do art. 14 do Reg. n. 152—de 16 de Abril de 1812. »

(3) Cumpre, porém, notar que o inquilino não tem sobre o sub-inquilino o mesmo direito de penhora (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*d*) pag 91); salvo com procuração do senhorio (T. de Freitas—*Consol.* nota 2 ao art. 671).

(4) Vide Ord. deste liv. t. 37 § 1. E no caso de se oppôr o inquilino com embargos de bemfeitorias (Ass. de 23 de Julho de 1811) pode requerer-se para que, depositado o preço, feito por louvados ou por juramento, se faça o despejo Cabedo—1 p. *Dec.* 201 n. 2 e Phœbo —*Ar.* 27.

O mesmo Phœbo no *Ar.* 34 do anno de 1619 da Casa da Supplicação declara que o alugador, que he achado na casa, he obrigado a pagar o aluguel de todo o anno, posto que não residisse nas casas mais de quinze dias (Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) pag. 154).

Corrêa Telles na *Interp.* § 76 diz o seguinte :

« A Ord. do liv. 4 t. 23 § 3 concede ao dono da casa alugada poder penhorar o inquilino, se este não lhe pagar o aluguel no tempo promettido.

« *Esta lei he singular*; fóra do seu caso, em nenhum outro, mesmo nos executivos, nunca deve principiar-se pela penhora, sem primeiro notificar-se o executado para em 24 horas pagar ou dar penhores (Silva *com.* n. 53 e Almeida e Souza—*Prasos* desde o § 1269).

Ainda que os moveis pertenção á outrem estão sujeitos á penhora (Al. de 24 de Julho de 1793).

(1) T. de Freitas na *Consol.* art. 675 nota (3) declara, que nunca vio executar semelhante pena que he desconhecida no fôro.

Rebouças nas *Obs.* pag. 205 á esta nota, que contesta, declara o seguinte :

« Dado e provado o caso da lei, guardadas as formulas estabelecidas, não he crivel que Juiz algum deixasse de julgar em sua conformidade. »

O primeiro Jurista, em replica, sustenta que posto que esta Ord. não esteja revogada, não he usada no fôro.

(2) Vide sobre esta Ord. Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Pereira de Castro — *Dec.* 127, Ag. Barbosa—*Castigationes* ns. 46 a 56, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) pag. 151, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 2 § 23 nota e § 24, t. 8 § 12 e liv. 4 t. 9 § 2 nota, Almeida e Souza—*Proc. Execut.* pag. 112, 114 e 132, *Acç. Sum.* t. 1 pag. 109, *Interdictos* pag. 59, *Casas* pag. 43 e 266, *Dir. Emph.* to. 1 pag. 29, to. 2 pag. 312, e *Fascic.* to. 2 pag. 260.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.* Segundo Corrêa Telles — *Doutr. das Acç.* § 372 nota ultima, esta Ord. tambem se estende ao arrendamento de predio rustico, por paridade da razão (França—*Ar.* 6 n. 2).

(4) T. de Freitas na *Consol.* art. 670 diz que nestes casos de despejo não se admitte opposição suspensiva do inquilino, ainda mesmo tendo feito bemfeitorias autorisadas pelo senhorio.

E na nota (5) justifica esta proposição da seguinte fórma, com que concordamos :

« Assento de 23 de Julho de 1811 nas palavras—*quanto á primeira referida Ordenação*, esclarecido pelo de 8 de Junho de 1816, o qual diz—*estes casos não forão exceptuados, nem podião ser á vista da sua natureza.*

« Todavia na pratica do fôro não se faz tal distincção, e applica-se o Ass. de 23 de Julho de 1811, tanto do despejo da Ord. do liv. 4 t. 23 § 1, como ao outro anticipado da Ord. do liv. 4 t. 24 pr. »

O primeiro he, se o alugador não pagar a pensão, ao tempo que prometteu, ou no tempo; que fôr costume da terra pagarem-se as pensões (1).

O segundo caso he, quando o alugador usa mal da casa, assi como danificando-a (2) ou usando nella de alguns actos illicitos e deshonestos, ou danosos á casa (3).

O terceiro he, quando o senhor a quer renovar, ou repairar de adubios necessarios (4), que se não poderão fazer convenientemente, morando o alugador nella; e acabado o repairo e adubio, lhe tornará a casa, até se acabar o tempo do aluguer, e descontar-se-ha da pensão, soldo á livra (5), o tempo, que não morou nella por causa do repairo.

O quarto he, quando o senhor da casa por algum caso, que de novo lhe sobreveio, a ha mister para morar nella (6), ou para algum seu filho, filha, irmão ou irmã, porque nestes casos poderá lançar o alugador fóra, durando o tempo do aluguer, pois lhe he tão necessaria polo caso, que de novo lhe sobreveio, de que não tinha razão de cuidar ao tempo, que a alugou (7).

M.—liv. 4 t. 58 pr. e § 1, 2, 3 e 4.

1. E em cada hum dos ditos casos o senhor da casa não poderá per si lançar fóra della o alugador, mas requererá o Alcaide da Villa (8), que lhe diga, que se saia della, declarando-lhe a razão, por que não deve morar mais nella: e não se querendo elle sahir, então o lance o Alcaide fóra della (1). Ao qual Alcaide mandamos, que nisto faça o que lhe fôr requerido pelo senhor da casa. E achando-se depois que o mandou lançar maliciosamente, e sem justa causa, o alugador seja logo tornado a ella, e poderá nella morar em tresdobro o tempo (2), que lhe ainda ficava por morar, quando della foi lançado pelo Alcaide, e não pagará della pensão alguma pelo tempo, que assi nella morar (3).

M.— liv. 4 t. 58 § 5.

TITULO XXV.

Dos Officiaes que não podem ser Rendeiros.

Defendemos que Provedor algum, nem Contador da Comarca, Juiz dos Orfãos, Tabellião do Judicial, Scrivão dos Orfãos, ou das Cameras, nem outros Scrivães, de qualquer qualidade e de quaesquer Officios que sejam, nem Meirinhos, ou Alcaides possam arrendar alguma renda nossa, nem de Fidalgo algum, ou de Senhor de terras, que as de Nós tenha, nem de Commendador, nem de Prelado. Nem aceitem feitorias, nem procurações de algum dos Rendeiros das ditas rendas, nem dos senhores dellas, para lhes feitorizarem, procurarem, requererem, ou solicitarem cousa alguma das ditas rendas, na Comarca ou lugar onde forem Officiaes, e poderem usar de seus Officios, sob pena de os perderem, e pagar cada hum vinte cruzados, a metade para quem os accusar, e a outra para os Captivos (4).

M.—liv. 4 t. 39 e liv. 1 t. 56 § 29.

---

(1) A menos que o senhor o não promettesse expressamente ao inquilino não lança-lo fóra, *ainda que lhe não pagasse* (Silva Pereira—*Rep. das Ords*. to. 1 nota (*b*) á pag. 150, e to. 3 nota (*c*) á pag. 308).

Se o subinquilino houver pago ao inquilino o aluguer ajustado, tambem não póde ser expulso, salvo tendo sido intimado pelo Juiz para faze-lo ao senhorio (Silva Pereira—*Rep. das Ords*. to. 1 nota (*b*) á pag. 150).

Segundo o Al. de 22 de Maio de 1771 o alugador pondo escripto nas casas, sem autorisação do senhorio póde só por esse facto ser obrigado á despeja-la, terminado o seu contracto.

Mas parece que esta disposição era sómente applicavel á Lisbôa, por ser esse Al. privativo áquella cidade.

(2) A casa he damnificada se o inquilino por si ou por outrem nella estabelecesse alguma officina insalubre, ou criasse animaes immundos ou damninhos (Silva Pereira—*Rep. das Ords*. t. 1 nota (*b*) á pag. 151).

(3) Empregando o inquilino a casa em jogos, prostituição ou reuniões tumultuosas, etc. (Silva Pereira—*Rep. das Ords*. to. 1 nota (*b*) á pag. 151, e to. 3 nota (*a*) á pag. 311, T. de Freitas—*Consol*. art. 669 § 2 nota).

(4) Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords*. to. 1 nota (*b*) á pag. 151, e to. 3 nota (*a*) á pag. 310, e Themudo—p. 2 *Dec*. n. 202.

(5) *Soldo á livra*, i. e., proporcionalmente.

(6) T. de Freitas na *Consol*. art. 669 nota (4) acha esta disposição *bem injusta*. He uma porta aberta para satisfação de muitos caprichos.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords*. to. 1 nota (*a*) á pag. 151, e to. 3 nota (*a*) á pag. 309.

(7) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com*., e Ag. Barbosa na *Castigationes* de n. 57 á 62, Mello Freire—*Inst* liv. 1 t. 3 § 19, Almeida e Sousa—*Acç. Sum*. to. 1 pags. 33, 392 e 397, *Casas* pags. 45 e 266, *Notas á Mello* to. 1 pag. 64, *Seg. Lin*. to. 2 pag. 350, *Fascic*.—to. 1 pag. 43, e Ramos—*Apont*. § 1248.

(8) *Alcaide da Villa*. As funcções deste empregado que outr'ora reunia a policia e justiça, estão hoje divididas por outros funccionarios.

(1) T. de Freitas na *Consol*. art. 671 nota (2) diz o seguinte:

« Ha muito tempo que esta disposição não se observa, e os Praxistas a entendem nos devidos termos.

« Entre nós a acção de despejo de casas he precedida de conciliação no Juizo de Paz, e depois se intenta no Juizo contencioso, citando-se o inquilino para despejar em 24 horas, ou em outro termo. Deve-se logo exhibir no começo da acção o conhecimento da respectiva decima urbana (Reg. n. 152—de 16 de Abril de 1842 art. 14).

« Não se admitte (*praxe desta Côrte*) que o sublocador a proponha sem procuração do proprietario do predio.

(2) « Desta disposição, diz T. de Freitas—*Consol*. art. 672 nota (3), resulta que a simples allegação de algum dos quatro casos do art. 669 basta para que o despejo seja deferido sem necessidade de prova antecipada. Se assim não fôra, a Lei não imporia pena ao senhorio que obtem o despejo por falso pretexto.

« Na praxe actual he sempre difficil conseguir o despejo desde logo, quando o inquilino apresenta seu contracto de arrendamento.

(3) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com*., Silva Pereira—*Rep. das Ords*. to. 1 nota (*a*) á pag 154, Almeida e Sousa—*Acç. Sum*. pag. 392, e *Fascic*. to. 2 pags. 150, 248 e 260, e Ramos—*Apont*. §§ 1250 e 1251.

(4) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com*., e Almeida e Sousa—*Seg. Lin*. to. 2 pag. 350.

TITULO XXVI.

Que os Officiaes da Fazenda não arrendem cousa alguma aos Rendeiros d'El-Rey, nem os Senhores de terras a seus Ouvidores (1).

Defendemos ao Vedor de nossa Fazenda e Escrivães della, e aos nossos Contadores das Comarcas, e aos dos Contos, Escrivães dante elles, e a todos os outros Officiaes da nossa Fazenda, que não arrendem renda sua, ou outra cousa sua a nenhum Rendeiro de nossas rendas. E qualquer dos sobreditos, que o contrario fizer, perderá o Officio, que de nós tivèr, e tudo o que pola dita renda lhe derem, ou prometterem, a metade para o accusador, e a outra para os Captivos.

M.—liv. 4 t. 38 § 3

1. E bem assi nenhuns Ouvidores de Senhores de terras, nem de Capitães, arrendem renda sua, de qualquer qualidade ou quantidade que seja, sob pena de o Senhor da terra ou Capitão que tal renda ao seu Ouvidor arrendar, ser suspenso por hum anno da jurisdicção, que no tal lugar tiver, e perder o dito anno toda a renda, que assi arrendar, ametade para quem o accusar, e a outra para o Hospital de Todos os Santos da cidade de Lisbôa. E o Ouvidor, que a dita renda arrendar, perderá em dobro tudo o que dava por ella pela sobredita maneira.

M.—liv. 4 t. 38 § 2.

TITULO XXVII.

Das sterilidades (2).

Destruindo-se, ou perdendo-se os frutos de alguma herdade, ou vinha, ou outra semelhante propriedade, por caso, que não fosse muito acostumado de vir, assi como por cheias de rios, chuvas, pedra, fogo, que as queimasse, secca, exercito de inimigos, assuada de homens, que os detruissem, aves, gafanhotos, bichos (3) que os comessem, ou por outro semelhante caso, que lhe tolhesse todos os frutos, não será obrigado aquelle, que a tivér arrendado, dar cousa alguma da renda, que se obrigou dar (4).

M.—liv. 4 t. 61.

1. Porèm, se os frutos não se perdessem todos, e colhesse o Lavrador alguma parte delles, em sua escolha ficará pagar o promettido, ou dar todos os frutos da dita herdade (1) E se for sterilidade em terra de pão, poderá tirar para si a semente (2) e os que mais sobejarem, dará ao Senhorio da herdade, que traz arrendada. Porèm, se nos outros annos do mesmo arrendamento, assi antes, como depois, houver tanta abastança e uberdade não costumada guardar-se-ha a disposição do Direito Commum (3).

M.—liv. 4 t. 61.

2. E se os frutos se perdessem por culpa do Lavrador (4), assi por lavrar mal a herdade, ou por hervas, ou spinhos, que em ella nascem, em tal maneira, que se consumissem, ou afogassem os frutos per si mesmos, ou por má guarda do dito Lavrador, em taes casos será obrigado dar o promettido (5).

M.—liv. 4 t. 61.

TITULO XXVIII.

Que todo o homem possa viver com quem lhe aprouver.

Todo homem livre poderá viver com quem quizer.

E isto não haverá lugar naquelles, que por nossas Justiças forem constrangidos, ou requeridos para viverem por soldada com outrem, segundo fórma de nossas Ordenações; porque estes depois que pelas Justiças fórem requeridos, não poderão viver com outrem, senão acabado o tempo, que houverem de viver com esses, com que lhes foi mandado.

E quem contra isto fòr, e constranger outrem, que viva com elle, ou com outro algum, seja punido segundo a qualidade do feito e da culpa, em que fòr

---

(1) Vide L. de 6 Dezembro de 1603, Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, e Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 809.

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, e T. de Freitas—*Consol.* art. 615 nota (1).

(3) *Bichos.* Todo o genero de insectos, e animalejos que vivem nas madeiras, fructos, nos lugares humidos, no corpo dos animaes, etc. Tambem se entende o animal feróz, montesinho, etc.

Em ambos os sentidos se póde entender aqui.

(4) Salvo havendo renuncia dos casos solitos e insolitos, como acontece nos contractos com os Rendeiros e Contractadores da Fazenda, em vista do § 34 do tit. 2 da L. de 22 de Dezembro de 1761.

Esta dispensa do pagamento da renda, he o que se chama *remissão* ou *emcampação*.

Vide Ords do liv. 2 t. 63 § final, e deste liv. t. 45 § 4, Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, maxime o segundo pelas ampliações e limitações que enumera; Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 notas (*a*) á pag. 230 e 346, Cabedo—p. 1 *Dec.* 34 n. 8 e 14, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 2 nota, e liv. 4 t. 3 § 19, Almeida e Souza— *Proc. Execut.* pag. 175, *Execut.* pag. 116, *Dir. Emph.* to. 1 pag. 511, e *Fascic.* to. 2 pag. 233, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* to. 22 § 546 e 843.

(1) Vide Ord. deste liv. t. 45 § 4, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 345.

(2) Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 231.

(3) Compensa-se um anno com outro, segundo a L. 15 § 4 ff. *loc. cond.* L. 8 Cod. *de locat.*

Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Phæbo—*Dec.* 65 n. 2, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) pag. 344, Mello Freire— *Inst.* liv. 4 t. 3 § 19, Almeida e Souza—*Proc. Excecut.* pag. 197 e 222 e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 de n. 807 usque 820.

(4) *Culpa do Lavrador*, e tambem dos seus famulos, por quem elle he responsavel.

(5) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) à pag. 230, e nota (*a*) a pag. 347, e Almeida e Souza—*Proc. Execut.* pag. 183.

achado: de modo que os forçadores da liberdade não fiquem sem pena (1).

M.—liv. 4 t. 17

TITULO XXIX.

Do criado, que vive com o senhor a bemfazer, e como se lhe pagará o serviço (2).

Posto que algum homem, ou mulher viva com senhor, ou amo, de qualquer qualidade que seja, a bemfazer sem avença de certo preço (3), ou quantidade, ou outra cousa, que haja de haver por seu serviço contentando-se do que o senhor, ou amo lhe quizer dar, será o amo e senhor obrigado a lhe pagar o serviço, que fez, havendo respeito ao tempo, que servio, e á qualidade do criado (4) e do serviço. Porém, se entre elles houver contracto feito sobre o serviço, cumprir-se-ha o que entre elles fôr tractado, como fôr direito (5).

S.—p. 6 t. 1 l. 3.

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) a pag. 654, e Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 2 pag. 13.

Actualmente rege esta materia o art. 179 do *Codigo do Commercio.*

(2) Consulte-se sobre esta materia a L. de 13 de Setembro de 1830 sobre a locação de serviço dos nacionaes.

Sobre a de estrangeiros a L. n. 108—de 11 de Outubro de 1837; e sobre a dos Indios o D. n. 426 — de 24 de Julho de 1845, bem como os Avs. de 9 de Agosto do mesmo anno, estampado na *Gazetta dos Tribunaes* n. 252, e *add.* —de 5 de Janeiro de 1854.

Tanto a Lei de 1830 como a de 1837 se achará nos *additamentos* á esta lei.

Consulte-se sobre esta materia Ramos — *Apont.* de n. 1310 á 1351.

T. de Freitas na *Consol.* art. 696 nota (1) declarou que a L. de 1837 revogára a de 1830; mas Rebouças nas *Obs.* á esse art. sustentou o contrario, e aquelle Jurisconsulto na segunda edição da *Consol.*, conformou-se com a censura, acceitando a opinião de Rebouças, que he bem fundada; isto he, que a Lei de 1830 ainda regula a locação dos serviços dos Brasileiros em contractos celebrados dentro ou fora do Imperio, e que a de 1837, somente revogou-a, quanto aos dos estrangeiros.

Pelo que respeita á locação de serviços mercantil regula o art. 231 do Cod. Com.; e de toda a locação mercantil os arts. 226 usque 243.

Vide Ramos—*Apont.* de n. 1352 á 1374.

A locação de empreitada a que se refere a Ord. deste liv. t. 13 § 8 acha-se regulada no mesmo Codigo. E os titulos que outr'ora estavão livres do sello proporcional (D. n. 681 — de 10 de Julho de 1850, art. 5 § 4) hoje estão sujeitos, pelo D. n. 2713—de 26 de Dezembro de 1860 art. 6 n. 12.

Vide T. de Freitas—*Consol.* art. 679 nota (4), Ramos —*Apont.* de n. 1259 usque 1280, e Silveira da Motta—*Apont. Jurid.* verbo—*Locação de serviços.*

(3) *Avença de certo preço.* Dada a hypothese de um contracto, he este o regulador.

Se o contracto não fôr verbal, mas escripto, nem por isso fica sujeito o respectivo titulo ao sello proporcional, em vista do Reg. n. 2713—de 26 de Dezembro de 1860 art. 8 n. 1.

Vide T. de Freitas—*Consol.* arts. 679 e 680.

(4) *Qualidade do criado* Vide em Silva *com.* quaes os criados que outr'ora não recebião salario.

(5) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Almeida e Sousa — *Notas á Mello* to. 2 pag. 95 e *Obrig.* pag. 76, e Corrêa Telles — *Dig. Port.* to. 2 de n. 1210 usque 1215, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*d*) á pag. 682, Pereira de Castro — *Dec.* 102, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* de § 855 a 859, e Ramos — *Apont.* de 1281 á 1309.

1. E isto mesmo haverá lugar no serviço, que commummente se costuma fazer por soldada, ou jornal (1); porque poderá o amo ser demandado em Juizo para pagar o serviço, como sempre se costumou geralmente pagar semelhante serviço nessa Comarca (2).

M.—liv. 4 t. 19 § 1.

TITULO XXX.

Do criado, que vivendo a bemfazer, se põe com outrem, e do que o recolhe (3).

Todo homem, que com outro viver a bemfazer, ora seja homem de pé, ora de cavallo, e delle receber pelote e capa (4), ou cousa, que tanto valha, não se possa delle partir sem sua licença, até que o sirva hum anno cumprido; e se lhe der pelote sómente, ou capa, ou outro qualquer vestido, não se possa delle partir, até que o sirva meio anno. E o que o contrario fizer, seja preso, onde quer que for achado, e não seja solto, até que pague em dobro o que levar, e as custas, que sobre isso se fizerem. E se as pessoas, a que assi seus criados fugirem, viverem comnosco, ou com a Rainha, ou Principe, ou Infantes, sejam trazidos á cadêa de nossa Côrte (5), e ahi paguem o que dito he (6).

M.—liv. 4 t. 18 pr.

1. E se estes, que se assi sairem, se acolherem a outros, que não sejam Cortezãos, para com elles viverem, e for requerido aos que os recolherem, per as pessoas com que antes viviam, ou per outros per seu mandado, que os não tragam mais com-

(1) As taxas e soldadas dos criados, presentemente, se regulão pelo costume actual.

Ao menor de 12 annos não se arbitra soldada se o amo o alimentar e vestir (Al. de 31 de Janeiro de 1775 § 4 e 5).

Se as mãis ou os tutores não acharem serviço para os orphãos que tem na sua companhia, não são obrigados á pagar-lhes soldada, se nenhum serviço fizerem (Almeida e Souza—*Acç. Sum.* § 380 nota 2).

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 569, e nota (*a*) á pag. 683.

(3) Vide Barbosa *com.*, e nota (2) á rubrica da Ord. deste liv. t. 29.

(4) *Pelote e capa.* O *pelote* ou *pellote* era a antiga vestidura ou traje Portuguez, como veste de abas grandes, que se trazia por baixo de capa, opa, ou roupa.

Fr. Joaquim de S. Rosa de Viterbo no *Elucidario*, diz que o pellote era uma capa forrada de pelles, á differença da que não era forrada.

Mas esta difinição acha-se em desaccordo com a presente Ord., que distingue o *pelote* da capa.

João Pedro Ribeiro em nota ao *Elucidario* diz que a palavra *pelote* vem referida em muitos documentos, não se podendo de nenhum colligir se tinha ou não forro, e qual o seu feitio.

Por outro lado Moraes refere, que outr'ora os moços andavão com pelote sem capa, que usavão passados annos.

(5) Esta pena não tem hoje vigor.

(6) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, e Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 2 pag. 11 e 16.

sigo, porque se sairam delles, e lhes levaram o seu; se o assi não fizerem, sejam obrigados pagar a Nós outro tanto, quanto depois fôr achado, que esses criados eram obrigados entregar aos amos, com quem antes viviam. E os nossos Almoxarifes em seus Almoxarifados, e qualquer outra pessoa os poderão accusar, e levar ametade para si, e a outra seja para Nós (1).

M.—liv. 4 t. 18 § 1.

2. E o que viver com algum Cortezão a bemfazer, não poderá viver mais com outro Cortezão que ande em nossa Corte, sem licença daquelle, de quem se saío. E o Cortezão, que sem sua licença o tomar, e o não largar, como lhe fôr requerido, pague dez cruzados, ametade para aquelle, de que o moço se saío, e a outra para nossa Camera. E todavia será constrangido, que o lance fóra, por se evitarem scandalos e competencias (2).

M.—liv. 4 t. 18 § 2.

3. Outrosi pessoa alguma, de qualquer stado e condição que seja, não tome, nem se encarregue de criado de algum outro, que delle tenha recebido casamento (3), ou galardão de seu serviço, nem tome, nem se encarregue de algum acostado de outrem (4), de que recebeu cavallo, armas, dinheiro, ou outra qualquer cousa, para com elle servir no que elle mandar, sem licença daquelle, a que acostado fôr. E o acostado, que o contrario fizer, seja preso, e da cadêa pague em dobro o que tiver recebido, áquelle, de que se assi saío. E aquelle, para quem se o acostado fór, se o tomar por seu, ou para seu serviço, sabendo logo, quando para elle veio, como se partio daquelle, cujo acostado era, ou a que hávia de servir, por ter delle recebido cada huma das cousas sobreditas, ou o soube depois pelo tempo, e logo o não despedir de si, pague cincoenta cruzados áquelle, de que se partio (5).

E se algum pedir licença á pessoa, a que he acostado, e lha não dér, e elle todavia se quizer despedir, tornar-lhe-ha em dobro tudo o que tiver recebido, ou servirá trez annos da maneira, em que dantes com elle stava, e póde requerer ás Justiças, que do sobredito façam hum auto para sua segurança. E o criado, de que acima fallámos, será sempre obrigado servir seu senhor, quando lhe fôr necessario e o chamar, e sem sua licença não poderá servir á outrem (1).

M.—liv. 4 t. 18 § 3.

4. E isto, que dito he, não haverá lugar, se as pessoas, a que são acostados, ou os senhores, que deram os casamentos, se espedirem de Nós (2), ou se forem fóra de nossos Reinos; porque em cada hum destes casos os criados e acostados se podem delles partir sem sua licença, e fazer de si o que quizerem, ou isso mesmo (3) dando-lhe Nós licença special, mostrando-nos tal razão, porque o devamos fazer (4).

M.—liv. 4 t. 18 § 4.

TITULO XXXI.

Como se pagarão os serviços e soldadas dos criados, que não entraram a partido certo (5).

Por as muitas demandas, que continuamente se movem sobre satisfações de serviços, e as differentes sentenças, que se nisso dão, por os Julgadores não terem huma certa regra que seguir: querendo Nós atalhar a taes inconvenientes, ordenamos e mandamos que daqui em diante na paga dos serviços dos criados, assi de homens, como de mulheres, se guarde a maneira seguinte (6).

1. Aos Védores (7), Camareiros, Secretarios, Estribeiros, e Thesoureiros dos Bispos (8), Condes e Fidalgos de grande qualidade e casa, se julgará por cada hum anno oito mil réis (9); e não se lhe arbitrará mais,

---

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*

(3) *Recebido casamento*, i. e., o dote e aquillo que os Reys e Senhores davão aos seus vassallos, e criados para se casarem.

Outr'ora se dizia—*despousouros.*

(4) *Acostado de outrem.* Que se acha ao serviço de outrem, por *acostamento* (ordenado, moradia, soldada, etc.), e ordenado ou outro beneficio.

(5) Penalidade ou multa hoje sem vigor.

(1) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*

(2) *Espedir de nós.* Despedir-se, ou sahir do serviço do Rey.

(3) Vide nota (3) á Ord. do liv. 1 to. 10 § 1.

(4) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*

(5) Vide nota (2) á rub. da Ord. deste liv. t. 29.

(6) Vide Ord. do liv. 1 t. 16 § 32, Silva no *com.*, e Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 2 pag. 15.

(7) *Vedores.* Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) á pag. 683.

(8) *Thesoureiros dos Bispos.* Vide nota precedente.

(9) Esta Ord. parece antinomica da deste liv. t. 29, que manda pagar o serviço segundo o costume do lugar e qualidade do serviço.

O Dez. João Alvares da Costa em nota que transcreve Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) á pag. 683, concilia-as do seguinte forma:

« Neste tit. 31 taxa-se o salario á todos os criados alugados sem contracto; mas á esta disposição obsta á Ord. do t. 29, onde se diz que se deve arbitrar segundo o tempo e qualidade dó serviço. »

« Cumpre notar que na citada Ord. t. 29 não se diz ser arbitrado o salaric, mas que se deve ter em consideração ao serviço, o emprego, e idade, para que se julgue conforme se determina nesta Ord., e so nos §§ 7 e 8 he que o salario he arbitrado. »

E com esta conciliação conformou-se tambem o Dez. Viegas.

Silva no *com.* ao § 7 desta Ord. concilia de outra forma, dizendo que o arbitrio do Juiz só era applicavel aos creados de posição inferior.

Estas taxas em vista do Al. de 16 de Setembro de 1814 forão elevadas ao triplo, mas como bem diz T. de Freitas — *Consol.* nota ao art. 681, semelhantes taxas além de se acharem em desaccordo com o tempo presente, disião respeito á antigos costumes de Portugal.

por servirem mais que hum dos ditos carregos (1).

2. Aos Scudeiros dos mesmos e Capellães, quatro mil réis (2); aos pagens trez mil réis; aos moços de esporas (3), dous mil e quinhentos réis. A qual satisfação e stipendio se entende, dando os ditos amos aos taes criados de comer, beber, vestir e calçar (4).

3. A's donzellas, que servirem as Condeças e mulheres dos sobreditos Fidalgos de stado por tempo de dez, doze annos, julgarão sessenta mil réis, para seu casamento (5); e não servindo tanto tempo, lhes arbitrarão cinco mil réis por cada hum anno (6).

4. A's mulheres, que servirem de donas (7), darão quatro mil réis. E ás amas, que criarem filhos das taes pessoas, se julgará por anno oito mil réis. O que outrosi se entende, dando-se ás ditas mulheres de comer, beber, vestir e calçar (8).

5. Aos Pagens de Fidalgos, Desembargadores, e de outras pessoas nobres, ou que se tratam como nobres, se darão cada hum anno dous mil réis (9). Aos moços de esporas outro tanto: ás moças donzellas encerradas, e ás mulheres que servirem de donas, e ás despenseiras, trez mil réis; e ás cosinheiras o mesmo; e ás amas, que lhes criarem seus filhos, seis mil réis por anno.

6. E ás moças, que servirem de fóra a qualquer pessoa que seja, mil e quinhentos réis. O que outrosi se entenderá além do comer, beber, vestir e calçar (10).

7. Aos moços, que com pessoa de menos qualidade morarem, julgar-se-ha a soldada da dita quantia para baixo, segundo a qualidade do serviço, e segundo a habilidade e idade, que tiverem (1).

8. E as ditas soldadas vencerão os machos, sendo de quatorze annos perfeitos, e as femeas de doze (2). E não chegando á dita idade, vencerão o que parecer ao Julgador, não passando das ditas quantias, mas diminuindo-lhes dellas o que fôr justo. E aos moços, ou moças pequenos, menores de sete annos, não se julgará soldada alguma; porque a criação, que se nelles faz, lhes deve ficar por satisfação de qualquer serviço que façam (3).

9. Declaramos, que a taxação das ditas soldadas, que acima temos dito, se entenderá naquelles, que viverem a bemfazer, sem alguma maneira de partido; porque nos outros, que com partido se poserem, se guardará o que com seus senhores, ou amos contratarem (4).

10. E porque muitos, que vivêram a bemfazer, ou com certo partido, tendo recebidos por contemplação dos ditos seus senhores, Officios e rendas, lhes pedem sobre isso satisfações de serviços, principalmente quando são já mortos; mandamos que se a alguns criados das sobreditas pessoas, por fazermos mercê a seus amos, e por seu respeito lhes dermos alguns Officios, ou rendas, ou alguma cousa outra, ou os tomarmos por nossos criados em algum fôro, ou lhes houveram mercês, ou Officios de qualquer outra pessoa, a valia das ditas mercês se desconte na satisfação dos ditos serviços (5).

11. *Item*, se algum defunto em seu testamento deixar a criado, ou criada, que o servisse, algum legado, não declarando nelle que lho deixa liberalmente, além de sua satisfação, mandamos que o dito legado se desconte da soldada e salario, que o tal criado havia de haver, como se o testador assi o declara: porque neste caso queremos que se presuma, que quiz antes livrar-se

---

(1) Vide o que nesta parte diz Barbosa quanto ao salario dos Advogados.

Consulte-se tambem Silva no *com.*, e Almeida e Souza —*Dir. Emph.* to. 2 pag. 1.

(2) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 684 traz a seguinte do Dez. Oliveira:

« Por haverem crescido os gastos, e os preços de todas as cousas, e por se considerar, que no tempo presente a taxa desta lei he muito limitada; e que por ella ninguem pode servir, se julga hoje que não tem lugar, *e sem embargo da sua disposição se arbitra pelos Juizes o que se deve pagar aos criados*, conforme as circumstancias que concorrem; *quia quando taxatio seu pretii aut mercedis conventio* ex post facto sit injusta, reduci debet ad justam: Larrea—*Dec.* 71 n. 6, Hermosilha —n. L. t. 5 gl. 1 n. 12 e 13, e *ita judicatum fuit.* »

(3) *Moços de espora*, segundo o Dez. Oliveira, erão os agora se chamão *Lacaios*. Moraes diz — o criado que acompanha á pé, junto á estribeira, ou pouco adiante, que calça e descalça as esporas ao amo.

(4) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*

(5) Vide nota (3) á Ord. deste liv. t. 30 § 3.

(6) Vide Silva no respectivo *com.*

(7) *Donas.* Servir de dona, referia-se á mulher idosa que servia nas casas com capello, á differença das donzellas. Esse capello era uma especie de touca, com ou sem bico, cobrindo a cabeça e parte da testa.

(8) Vide Silva nos respectivos *com.*

(9) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) pag. 685.

(10) Vide Silva nos respectivos *com.*, Cabedo—p. 2 *Dec.* 116, e Gama—*Dec.* 106.

(1) Vide Silva no *com.*, e nota (4) ao § 2 deste tit. Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. nota (*b*) pag. 685.

(2) Segundo o Al. de 24 de Outubro de 1814 § 6, quem criar orphão gratuitamente; o mandar aprender a lêr e escrever nas cidades ou villas, o póde conservar *sem soldada* até á idade dezeseis annos, e offerecel-o no sorteamento para soldado em lugar de filho seu.

(3) Vide Barbosa e Silva nos respectivos *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) pag. 826, e to. 4 nota (*a*) pag. 687.

(4) Vide nota (5) a Ord. deste liv. t. 29 pr., e Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*

(5) Vide Barbosa e Silva nos respectivos *com.*, Cabedo *Dec.* 167 n.3 e 4, e Ag. Barbosa—*Castigationes* n. 68.

Phœbo no *Aresto* 49 diz, que na Supplicação se julgou que as moças que entrão em Mosteiro para se recolherem, e servirem o Convento como recolhidas, não podem pedir serviço, por assim estar em costume immemorial.

da divida, a que era obrigado, que fazer doação, que não devia (1).

12. E porque servindo de Scudeiros, ou Pagens, allegam alguns, quando vem pedir satisfação de serviços, que serviram de Feitores e Mordomos, ou de Sollicitadores a seus amos, para lhes accrescentarem salario; mandamos, que se os taes não foram tomados em nome de Feitores, ou Negociadores de demandas, para não servirem em outra cousa, ou depois os não vieram deputar (2) para os ditos carregos, que por os ditos seus amos os occuparem algumas vezes em os mandar arrecadar suas tenças juros, moios (3), ou fallar em alguma demanda, não se lhes accrescente salario. Por que o Scudeiro, Pagem e outro criado deve servir a seu amo em todo o ministerio, que lhe mandar (4).

TITULO XXXII.

Que se não possa pedir soldada, ou serviço passados trez annos (5).

Os homens e mulheres que morarem com senhores, ou amos a bemfazer, ou per soldada, ou jornal, ou per qualquer convença, se depois que se delles sairem, passarem trez annos (6), e seus senhores e amos stiverem sempre nesses lugares, onde se delles serviram, sem se delles partirem, e os taes servidores e criados os não demandarem nos ditos trez annos por seu serviço; não os poderão mais demandar, nem serão á isso recebidos, nem seus amos mais obrigados a lhes pagar. Porém aos menores de vinte e cinco annos começarão de correr os ditos trez annos, tanto que chegarem á idade de vinte e cinco (1).

M.—liv. 4 t. 20 pr. e § 1 e 2.

1. Mas porque muitas vezes se vio per experiencia, que muitos, que viveram com senhores, ou amos, depois de receberem suas soldadas, ou salarios, passados alguns annos, pedem satisfação de seus serviços (2), que já receberam, sperando, que os que sabiam serem elles satisfeitos, ou morram, ou se absentem, ou lhes não lembre a verdade do que passou; o qual atrevimento tomam maior, quando os senhores já são defuntos, que não podem dar razão do que pagaram, nem perante quem; e porque no dito caso o engano está mais facil, porque poucas vezes os senhores pedem aos criados que com elles vivem, conhecimentos e quitações (3) do que lhes dão: Por evitarmos as ditas fraudes, ordenamos que todo o lacaio, ou criado, que stiver com amo aos mezes, com lhe dar de comer e beber, e no cabo do mez certa cousa, que os taes criados não possão pedir soldada de algum mez, que hajam servido, passados trez mezes (4), depois que sairem de casa de seus amos. E se a ração de comer lhes derem a dinheiro sêcco, não poderão pedir senão até dez dias (5), depois de saídos dos ditos seus amos; por que se presume, que stão pagos e satisfeitos, pois não pediram o salario no dito tempo (6).

TITULO XXXIII.

Per que maneira se provarão os pagamentos dos serviços e soldadas (7).

Porque ordinariamente os homens que tem criados, lhes pagam pelo mendo o que lhes os criados pedem á boa conta de sua soldada, e sem buscarem testemunhas, que lhes vejam pagar, nem cobrarem scriptos dos criados, e depois dahi a tempo lhes

---

(1) Em regra, diz Corrêa Telles *Dout. das Acç.* § 381 nota (4), o legado deixado ao criado presume-se com animo de doar, e não de compensar a divida, L. 85 fl. *de legat.*

Os Juristas distinguiam o debito resultante de causa necessaria do da causa voluntaria. No primeiro caso o legado compensava a divida, no segundo não. (Macedo —*Dec.* 23 e 25).

Vide Barbosa e Silva nos respectivos *com.*, Cabedo— p. 1 *Dec.* 117, Pereira de Castro—*Dec.* 94, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) pag. 726, Almeida e Souza—*Notas á Mello* t. 2 pags. 18 e 529, e to. 3 pag. 402, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 860.

(2) *Deputar*, i. e., designar.

(3) *Moios*: medida de solidos, e tambem de liquidos, mui variavel, como se vê no *Elucidario*. A renda dos aforamentos.

(4) Menos excedendo suas forças, e não sendo improprio das obrigações contrahidas.

Vide Barbosa e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) pag. 687, Portugal —*de Donat.* p. 2 cap. 35 de n. 34 em dicante, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 850, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 n. 1224.

(5) Vide Barbosa no *com.*

(6) *Trez annos.* He o praso da prescripção para soldadas nos casos desta Ord.

As interpellações *extra-judiciaes* parece, diz Corrêa Telles—*Doutr. das Acç.* § 381 nota (5), serem bastantes para interromper esta prescripção. Silva no *com.* n. 21.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota 4 pag. 291, diz que provando o criado que não foi pago, não prescreve a divida (Gama—*Dec.* 334), e apresenta outras limitações que excluem esta prescripção.

O Capellão de uma casa não se reputa criado, e esta Ord. não lhe he applicavel (Pereira de Castro—*Dec.* 46 n. 3).

He indispensavel que o amo que houver pago apresente logo esta excepção afim de não ser condemnado, visto ser summaria esta acção (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) pag. 724).

(1) Hoje 21 annos, porque he quando actualmente cessa a minoridade.

Esta disposição se acha de harmonia com a da Ord. do liv. 3 t. 42 pr. nota (1).

Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 46, e Almeida Souza—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 388, *Seg. Lin.* to. 1 pag. 223, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 17 e to. 3 pag. 215, 233 e 234.

(2) Vide Caminha—*de Libellis* nota de Martins da Costa n. 79 n. 2.

(3) *Quitações.* Vide Valasco—*Cons.* 125 n. 3. Toda esta Consulta he digna de ser estudada.

(4) *Trez mezes.* Prescripção co-relativa á precedente.

(5) *Dez dias.* Outra prescripção para a especie definida nesta Ord.

(6) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, e Corrêa Telles—*Doutr. das Acç.* § 380 usque 383.

(7) Vide Barbosa *com.*

vão pedir a soldada e salario de seu serviço, que todo ou em parte lhes pagaram, e por os senhores ou amos não terem prova são condenados; esguardando (1) Nós as ditas fraudes, e considerando outrosi, que muitas vezes os criados passariam mal, se os amos lhes não houvessem de soccorrer a suas presentes necessidades, sem os ditos criados fazerem conhecimento de qualquer meúda cousa, que pedissem: Ordenamos que dando algum senhor dinheiro a criado seu perante outros seus criados, ou familiares, e dando alguns delles por testemunhas que jurem, que lho viram dar, ainda que não digão a quantia, e jurando o dito senhor, como lhes pagou tudo, ou certa parte, se haja por prova bastante, até quantia de dez mil réis (2); sendo os ditos seus amos pessoas de qualidade, como Scudeiros ou dahi para cima, ou Mercadores acreditados (3).

1. E sendo a quantia de dez mil réis para cima, qualquer que seja, havendo conhecimento do tal criado, scripto e assinado per elle, e não sabendo elle screver, assinando por elle outra terceira pessoa, e outra testemunha mais, per que confesse receber em todo, ou em parte sua soldada, dar-se-ha credito ao assinado, como se fosse scriptura publica (4).

2. E sendo os amos já fallecidos, bastará para prova da paga dos serviços, que os criados pedirem, a declaração, que os ditos seus amos fizerem em seus testamentos, ou outras quaesquer ultimas vontades, ou a relação, que nellas fizerem a seus livros de razão (5), onde stê assentado, sendo os defuntos Arcebispos, Bispos, Abbades Bentos, ou Fidalgos, ou Cavalleiros Fidalgos, ou per Nós confirmados, ou Doutores em Theologia, Canones, Leis e Medicina (6), feitos em studo universal per exame (7), ou Officiaes de Justiça, que sejam de nosso Desembargo; porque por a qualidade de suas pessoas, e o tempo da morte,

---

(1) *Esguardando*, i. e., attendendo, tomando em consideração, dando resguardo, etc.

(2) *Dez mil réis*. Pelo Al. de 16 da Setembro de 1814 foi elevado ao triplo esta quantia.

(3) *Mercadores acreditados*, i. e., os matriculados, ou que gozem de reputação por sua probidade e fortuna.

Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Almeida e Souza—*Fascic.* to. 1 pag. 130, *Seg. Lin.* to. 1 pag. 530, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 65.

(4) *Scriptura publica*. He uma excepção á regra geral, mas neste caso, segundo Silva *com.* n. 9, póde o criado usar da excepção *non numeratæ pecuniæ* da Ord. deste liv. t. 51.

Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*

(5) *Livros de razão*, os em que se lança em resumo a conta da receita e despeza, extrahida do denominado *Diario*.

Sobre o valor probatorio destes livros consulte-se além de Reynoso—*Obs.* 47, o Codigo do Commercio art. 20.

(6) Deste privilegio tambem gosão os Bachareis em Direito, e em Letras (Barbosa no *com* n. 2).

(7) *Studo universal per exame*, i. e., exame em Universidade.

com cuja lembrança dispõe das cousas de sua alma, queremos que lhes seja dado este credito.

TITULO XXXIV.

Do que lança de casa o criado que tem por soldada.

O homem que deitar fóra de casa o mancebo (1), que tomou por soldada, antes de acabar o tempo per que o tomou, pagar-lhe-ha toda a soldada, pois o deitou fóra, e não quer que o sirva. E se o que stá por soldada, deixar o senhor, antes que acabe o tempo do serviço, sem culpa do senhor (2), deve-lhe tornar a soldada, se já a tiver recebida, e mais servir de graça todo o tempo que lhe faltava por servir (3); e se lhe ainda não tinha paga a soldada, não será obrigado a lha pagar, e será constrangido pelas Justiças, onde quer que stiver, que venha acabar de servir (4). E se fôr orfão, guardar-se-ha o que temos dito no Livro primeiro, Titulo 88: *Dos Juizes dos Orfãos*, paragrapho 17: *E se os Orfãos fugirem* (5).

M—liv. 4 t. 21 e liv. 1 t. 67 § 16.

TITULO XXXV.

Do que demanda ao criado o dano que lhe fez.

Se o mancebo, vivendo com outrem, lhe fez perda alguma (6), deve-lha emendar e

---

(1) A expulsão do criado pelo amo estando este irado não se reputa perfeita: se a não mantem depois de passada a raiva ou ira (Barbosa no *com.* n. 2).

O criado deve esperar que passe a excitação. (Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) pag. 722 e nota (a) e pag. 723 e to. 3 nota (a) pag. 290).

(2) *Sem culpa do senhor.* Havendo, não está obrigado á restituição, nem á pena do serviço.

Sobre as causas justas por que o amo pode despedir o criado, ou este despedir-se a seu arbitrio consulte-se Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 de n. 1252 a 1275.

(3) Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 n. 1258 nota (c), limita a trez mezes esta pena, depois de findar o anno do ajuste, a menos que não seja o criado menor e fugir, por que neste caso a pena não deve exceder de seis mezes.

(4) De argumento da Ord. deste liv. t. 23 § 1 estabelece Corrêa Telles a doutrina de que o amo, que não está contente do criado, que tem por anno, ou deste que não quer servir além, deve despedil-o ou despedir-se, 30 dias antes de terminado o prazo.

O *Codigo da Prussia* no art. 111 marca seis semanas para os criados da cidade, e trez mezes para os do campo.

(5) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 2 pags. 15 e 16, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 857.

(6) Barbosa no *com.* desta Ord. n. 6 referindo-se aos criados diz: *et famulorum natura est furacissima*, recordando-se sobretudo da epocha em que estudara na Universidade, de Coimbra, onde os criados de estudantes muito se distinguião já naquellas epochas, por esse defeito.

No *Dig. Port.* to. 2 n. 1230 estabelece Corrêa Telles a doutrina de que so por dólo ou culpa grosseira póde ser responsabilisado o criado, de conformidade com o *Codigo da Prussia* arts. 64 e 65; julgando, e com razão, mui rigorosa a opinião de Barbosa *com.* n. 2 e de Silva *com.*, que indistinctamente julgão responsavel o criado por *culpa leve*.

pagar, ou descontar de sua soldada; e isto haverá lugar, se ao tempo, que o mancebo se delle partir, lhe requerer perante o Juiz a perda, que lhe tem feita, ou perante homens bons (1). E se ao dito tempo lhe não requerer, não lha poderá demandar depois ao tempo(2), que o mancebo vier demandar a soldada, porque parece que o faz por lhe pagar mal sua soldada. E isto se entenderá, se o mancebo acabou de servir o tempo, que era obrigado; porque partindo-se antes do tempo acabado, não poderá demandar a soldada, como dissemos no Titulo precedente (3).

M.—liv. 4 t. 22 pr.

1. E no caso, onde o amo póde demandar o dano ao mancebo, terá quatro dias para o provar (4), e mais não. Porém, querendo pagar logo a soldada, e que lhe seja dado mais tempo para provar o dano, se lhe dará, segundo fôr razão, e parecer justo ao Juiz (5).

M.—liv. 4 t.22 § 1.

TITULO XXXVI.

Do que toma alguma propriedade de fôro para si e certas pessoas, e não nomeou alguem a ella antes da morte (6).

Tomando alguma pessoa possessão alguma no foro para si, e certas pessoas depos elle (1), convém a saber, huma, qual elle nomear (2), e aquella por elle nomeada, que possa nomear outra, e assi dahi em diante, se o que assi tomar a possessão de fôro, antes de sua morte fizer testamento, em que faça e deixe certo herdeiro em seus bens *in solidum*, não nomeando certa pessoa ao fôro, o que ficar herdeiro na herança do defunto, fica nomeado ao fôro, posto que lhe outra nomeação não seja delle feita (3).

M—liv. 4 t. 62 pr.

1. E ficando no testamento do foreiro muitos herdeiros estranhos, que não sejam

---

(1) *Homens bons*, i. e., os de que tratão as Ords. do liv. 1 t. 58 § 44 e t. 65 § 2.

Estes Juizes hoje estão abolidos, e nesta parte a presente Ord. se acha sem vigor.

(2) Para que o amo possa ter acção contra o criado que se despede do serviço, he indispensavel que proteste pela sua indemnisação no acto da sahida: assim entende Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 2 n. 1234; e sem este protesto não póde o amo demandar mais a indemnisação.

Parece-nos exagerada esta doutrina, porquanto muitas vezes o criado retira-se sem que o amo possa saber logo o damno que lhe causou, para protestar pela indemnisação.

(3) Vide Barbosa, e Silva nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) pag. 156, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 1 § 19, e Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 2 pag. 17.

Aqui terminão os *Commentarios* do Jurisconsulto Manoel Gonçalves da Silva, que como seu predecessor Manoel Alvares Pêgas não conseguio terminal-os, levando-os até o ultimo titulo do livro 5, como fez o primeiro commentador Manoel Barbosa.

(4) Este processo não existe no nosso fôro, assim o attesta T. de Freitas na *Consol.* art. 684 nota (1); e não o contraria Rebouças nas suas *Observações*.

(5) Vide Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 1 § 19, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* §§ 856, 857, 858 e 859.

(6) Neste titulo começão os *Commentarios* do Jurisconsulto Amaro Luiz de Lima, que se propôz continuar e ultimar a obra do Dr. Manoel Gonçalves da Silva, e infelizmente tambem não o conseguio; porquanto o seu trabalho não passou do titulo 79 deste livro.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.* Este Jurista começa os seus definindo o contracto de aforamento ou *emphyteuse*, e apresenta as suas differenças com outros contractos, como a venda, locação, etc., além do modo de sua prova.

Além dos Jurisconsultos supra nomeados, pode-se consultar sobre o contracto de aforamento, Valasco—*De Jure Emph.*, Caldas—*de nominatione Emphyteusis*, Pinheiro—*De censu et Emphyteusi*, Cordeiro—*Dubitationes* p. 2, trat. 3, *Dub.* 37, 38 e 39, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11, Almeida e Souza—*Tratado pratico e critico de todo o Direito Emphyteutico, conforme a Legislação e costumes deste Reino e uso actual das Nações*, bem como os *Tratados de Direitos dominicaes*, Censos, *Pensões Ecclesiasticas, e reforma dos Foraes*; Cardozo da Costa—*Memoria sobre a avaliação dos bens de Praso*, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 de n. 894 usque 1052, Coelho da Rocha—*Dir. Civ. Port.* do § 531 a § 586, Liz Teixeira—*Curso de Direito Civil Portuguez* to. 3 t. 11 de pag. 81 a 210, T. de Freitas—*Consol.* do art. 605 a 649, e Ramos—*Apontamentos juridicos sobre contractos*, tit. 2 cap. 9.

(1) *Depos elle*, i. e., após, atraz, em seguida.

(2) He este o contracto denominado de *aforamento*, conhecido tambem por *emphyteuse*, *emprazamento*, *fôro* e *praso*. Segundo Coelho da Rocha, he o contracto pelo qual o senhor de um predio concede á outro o dominio o util delle com reserva do dominio directo.

Contracto bilateral perfeito, consensual e sempre oneroso: assentando sobre immoveis, he puramente *civil*.

« Neste contracto, diz o mesmo Jurista, a propriedade plena, ou o complexo dos differentes direitos, que a constituem, decompõe-se por assim dizer, ficando uma parte no antigo Senhor, como o direito de pedir o *censo*, do laudemio, da consolidação, e outros, ao que chamamos *dominio directo* ou *direitos dominicaes*: a outra parte passa para o emphyteuta ou foreiro; a qual consiste principalmente na faculdade de cultivar, e tirar toda a utilidade, a que chamamos o *dominio util*.

« O primeiro chama-se *senhor directo*, ou simplesmente *senhorio*: o segundo *senhor util*, *emphyteuta*, *foreiro*, *caseiro*.

« Este contracto differe da *locação-conducção*, em que nesta não passa para o colono parte alguma da propriedade, mas apenas o uso. »

No scholio diz o mesmo author a quem seguimos:

« Aqui tomamos a palavra emphyteuse *formalmente*; porque tomada *subjectivamente* significa *o dominio util* ou direitos do emphiteuta; e *objectivamente*, os mesmos bens, que são objecto do contracto; e neste ultimo sentido se toma tambem a nossa palavra — *praso* (Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 1 nota).

« O titulo originario deste contracto ordinariamente se designa pela palavra *investidura*; dedusida dos Feudos

« A emphytense pode tambem constituir-se *por testamento*, o que he pouco frequente (Ord. deste liv. t. 37 § 8). E por isso alguns a definem *concessão* em lugar de contracto. »

Mas, e deve-se attender, que quer nos prasos ecclesiasticos, quer nos seculares a escriptura publica reputa-se essencial nestes contractos.

Vide T. de Freitas—*Consol.* art. 605 nota (1).

Convém lêr na nota X ao § 533 do *Dir. Civ.* do mesmo Jurista, a interessante *Noticia historica da Emphyteuse* em Portugal, desde a emphyteuse, segundo o Direito Romano, com as alterações que foi soffrendo na Jurisprudencia reinicola até os nossos dias. E bem assim J. P. Ribeiro na *Memoria sobre os inconvenientes e vantagens dos Prasos com relação á agricultura em Portugal*.

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*; Pereira de Castro — Dec. 37 e 128, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 529, e nota do Dez. Oliveira, Mello Freire — *Inst.* liv. 3 t. 5 § 32 nota, e t. 11 § 8, e Almeida e Souza — *Dir. Emphy* to. 1 pag. 147, 160, 177 e 193, e to. 3 pag. 142, 148 e 357.

ascendentes ou descendentes (1), todos se entendem ser nomeados ao fôro. E por quanto o fôro não ha de ser partido entre muitos, por se não confundir a pensão delle, se tantos bens ficarem por morte do defunto, que possa o fôro caber no quinhão de cada hum dos herdeiros, partam-se os bens do defunto entre os herdeiros. E não ficando por morte do foreiro tantos bens, per que o fôro possa caber no quinhão de hum dos herdeiros, haja cada hum delles o fôro, se quizer, satisfazendo aos outros o que razoadamente por parte do fôro lhe poderá acontecer, accordando-se todos, ou a maior parte delles nisso (2).

E não se acordando nisto todos, ou a maior parte delles, sejam obrigados a vender, ou escaimbar o fôro, do dia, que se o foreiro finar, até seis mezes, requerendo primeiro o Senhorio, se o quer tanto por tanto; e os herdeiros partam entre si (3) o que houverem pela dita venda, ou escaimbo, assi como forem herdeiros (4). E não vendendo, ou escaimbando os herdeiros o fôro, ou não o tomando algum delles em si no spaço dos seis mezes, ficará o fôro devoluto ao Senhorio, se o elle quizer haver, e faça delle o que tiver por bem (5).

M.—liv. 4 t. 62 § 1.

(1) Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 2 nota (a) pag. 532, referindo-se ás palavras da Ord.—*que não sejão ascendentes ou descendentes*, diz que ellas tem dado lugar a uma grande difficuldade na execução da mesma Ord., porquanto parece deduzir-se que o Legislador negára aos ascendentes e descendentes a nomeação da emphyteuse, que aliás permitte aos estranhos.

Esta difficuldade procurarão resolver diversamente Caldas—*de nom. Emph.* q. 11 de n. 4, e Cordeiro—*Dub.* 24 § 80. A doutrina do ultimo he mais juridica.

As differentes duvidas que suscita a intelligencia desta Ord. pode-se vêr em Almeida e Souza—*Dir. Emph.* to. 1 p. 2 cap. 3 onde vem a analyse desta Ord.; assim como em Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 3 pag. 150 e 165.

(2) Trata-se aqui do encabeçamento do fôro em um dos herdeiros nomeados, no que concorda esta Ord. com a deste liv. t. 96 § 23.

A este herdeiro chama-se *cabeça, cabeceira* ou *cabecel*.

Corrêa Telles na *Interp.* § 96 diz o seguinte:

« O Al. de 6 de Março de 1669 em favor dos senhorios dos prasos prohibio, que estes se partissem de outro modo, que não fosse o determinado pela Ord. do liv. 4 t. 36 § 1 e t. 96 § 23. He portanto consequencia necessaria: 1º que a divisão do praso por outro modo feita pode ser annullada pelo Senhorio: 2º que este pode consentir que se faça a divisão que a lei prohibe, renunciando o beneficio da Lei nos casos, em que isto lhe não he prohibido. »

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (a) pag. 533, e to. 1 nota (c) pag. 67, onde se lê que a despeito desta Ord. nas Provincias de Entre-Douro e Minho, e de Traz os Montes, vigorava o antigo costume de dividir a emphyteuse, que só veio á acabar com o Al. de 1669 supra citado.

(3) Repartição *pro rata* do respectivo quinhão hereditario. Cumpre notar que no praso *fateosim* ha repartição igual do valor.

(4) Vide Ord. deste liv. t. 96 § 5 e 23, e Almeida e Souza—*Dir. Emph.* to. 1 § 273 e 274.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 2 § 1, t. 11 § 3, 14, 16, 17, 18 e 23, e Almeida e Souza—*Fascic.* to. 1 pag. 93, *Dir. Emph.* to. 1 pag. 8, 193 e 252, to. 2 pag. 63 e 148, *Morgados* pag. 151, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 364.

O favor concedido por esta Ord. e a do t. 90 § 23 e Al. de 6 de Março de 1669 aos Senhorios he renunciavel (Av. n. 19—de 11 de Janeiro de 1856).

2. E finando-se o foreiro *abintestado*, não nomeando alguma pessoa ao fôro, e sem herdeiro descendente, ou ascendente, fique o fôro devoluto ao Senhorio (1). E ficando por sua morte algum filho legitimo, neto, ou bisneto, varão, deve esse fôro ficar á elle, e bem assi á filha, ou neta, não havendo filho varão, posto que seja mais moço, que a filha, ou neta. E onde houver filho, ou filha, não haverá o fôro neto, nem neta, posto que o neto seja filho de filho mais velho (2); e onde houver muitos filhos, ou filhas, sempre o maior dos filhos, ou a maior das filhas em falta dos filhos, haja o fôro. E se o prazo fôr comprado, ou o defunto tiver feito nelle bemfeitorias, guardar-se-ha ácerca dellas, e do preço (3) o que diremos no Titulo 97: *Das Collações*, § 23 (4).

M.—liv. 4 t. 62 § 3.

3. E se o foreiro, fazendo testamento, instituir seus descendentes, ou ascendentes, se terá a maneira acima dita, quando morre

(1) Ha neste caso consolidação, por falta de successão do foreiro, ou *caducidade*.

Cumpre notar que esta disposição se entende morrendo o foreiro na primeira ou segunda vida, quando ainda lhe era possivel nomear segundo ou terceiro. Todavia morrendo o foreiro na terceira ou ultima vida, quando não podia nomear ninguem, o senhorio está obrigado a renovar o fôro no parente mais proximo do morto até o quarto grão inclusive de Direito Canonico (L. de 9 de Setembro de 1769 § 26, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (a) pag. 299, e nota (b) pag. 301, to. 2 nota (a) pag. 534, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 n. 972).

As Corporações de mão morta não podem consolidar os seus prasos. Dado o caso de devolução ou commisso, devem de novo aforar os prasos dentro de anno e dia á pessoas *seculares* (Al. de 12 de Maio de 1796 no art. final).

Mas essa limitação cessou depois da L. de 19 de Novembro de 1821 mandada observar pela L. 6—de 20 de Outubro de 1823 art. 2. (T. de Freitas—*Consol.* arts. 71, 72, 631 e 636).

Da mesma sorte renovando o aforamento não podem essas Corporações augmentar a antiga pensão. A pena tanto neste como no caso supra era a perda do praso para a Corôa (L. de 4 de Julho de 1768 e de 12 de Maio de 1769).

Consulte-se Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 n. 1034, 1035 e 1036.

(2) Daqui se vê que nos prasos de livre nomeação não ha herança por direito de representação, mas tão sómente nas hereditarias.

Corrêa Telles na *Interp.* justifica esta disposição da seguinte fórma:

« A Ord. do liv. 4 t. 36 § 2 ainda que pareça dura em não admittir o direito de representação na successão dos prasos, talvez que esta lei fosse feita com estas vistas de equidade: emprasão-se as terras para o melhoramento da cultura dellas, ora o neto por morte do avô presume-se ainda em tenra idade, e estar menos apto para cultivar e melhorar do que o filho segundo do mesmo avô. »

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (b) pag. 301, e nota (a) pag. 303, to. 2 nota (a) pag. 475, e to. 3 nota (a) pag. 794.

(3) Vide sobre esta Ord. Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 3 § 26 nota, liv. 1 t. 11 § 20 e 21 nota. 22, 23, 24 e 26, Almeida e Souza—*Dir. Emph.* to. 1 pag. 108 e 134, to. 2 pag. 173, Corrêa Telles—*Interp.* § 39 e 59.

(4) A primeira edição refere-se ao t. 96 deste livro, que se inscreve: De *como se hão de faser as partilhas entre herdeiros*; no que ha engano.

ab intestado (1), posto que no dito testamento deixe sua terça a outra pessôa, que não seja descendente nem ascendente.

M.—liv. 4 t. 62 § 2.

4. E tudo isto que dizemos nos filhos, e netos por linha descendente, haverá lugar, e se guardará nos da linha ascendente, convem saber, pai e mãi, e avós, quando não houver alguns da linha descendente. Porque emquanto houver descendente, não haverá o fòro ascendente. E não havendo descendente legitimo por morte do foreiro, posto que haja ascendente legitimo, haverá esse fòro o seu filho natural se o tiver, ainda que seu pai fosse Cavalleiro (2). E o filho espurio não poderá haver o dito fòro, salvo sendo legitimado per Nós, em tal fórma que possa succeder *ab intestado*, e não doutra maneira (3).

M.—liv. 4 t. 62 § 4.

5. E cada huma das pessoas a que por algum dos modos acima declarados vier o fòro, será obrigada pagar a pensão delle ao senhorio, segundo a fórma do contracto (4).

M.—liv. 4 t. 62 § 1.

6. E quanto aos prazos que forem feitos dos bens da Corôa do Reyno (5), em pessoas, guardar-se-ha o que temos dito neste titulo: nos fóros das pessoas particulares (1).

M.—liv. 4 t. 62 § 5.

7. E tomando alguem hum fòro para si, e seus herdeiros e successores, por sua morte passa o fòro a todos seus herdeiros, e guardar-se-ha acerca da partilha, o que diremos no Titulo 96 : *De como se hão de fazer as partilhas* (2).

M.—liv. 4 t. 62 § 6.

TITULO XXXVII.

Das nomeações que se fazem dos prazos, em que casos se podem revogar (3).

Tomando huma pessoa alguma herdade, vinha, casa, olival, ou outra possessão de fòro por certa pensão para si, e para certas pessoas (4), huma que elle nomear, e que a

---

(1) Mas nestas circumstancias tem os seus herdeiros o direito de *renovação*, i. e., o direito de obrigar o Senhorio a fazer nova concessão do dominio util.

Vide Lima no respectivo *com.*, Cordeiro — *Dub.* 24 de n. 68 a 69, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 notas (*a*) e (*c*) pag. 532 e 536.

(2) *O filho natural... ainda que seu pai fosse cavalleiro.* He uma excepção á regra da Ord. deste liv. t. 92 (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) pag. 470), e Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 13).

(3) Sendo o fòro de livre nomeação, pode o pai nomear em testamento, não sendo o praso ecclesiastico (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) pag. 465).

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*. Pereira de Castro—*Dec.* 14, Cordeiro—*Dub.* 5, 21 e 28, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 20, 22 e 24, e Almeida Souza—*Dir. Emph.* to. 1 pag. 108, 124 e 138, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 213.

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Pegas—*Forens.* cap. 10 n. 59 a 53, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*c*) pag. 537, e Almeida e Souza —*Dir. Emph.* to. 3 pag. 421.

(5) *Bens da Corôa do Reino.* Actualmente são os bens ou proprios nacionaes.

Estes não se podem aforar sem autorisação da Assembléa Geral (art. 15 § 15 da Constituição do Imperio) a quem compete regular a administração desses bens, e até a sua alienação.

Vide Al. de 23 de Maio de 1775 § 19, e Off. de 15 de Novembro de 1832.

Os terrenos de Marinha que tambem são proprios nacionaes, são aforados na conformidade da L. de 15 de Novembro de 1831 art. 51 § 14.

Os aforamentos dos terrenos da Marinha do Municipio da Côrte pertencem á respectiva Municipalipade (L. de 3 de Outubro de 1834 art. 37 § 2), competindo-lhe portanto a cobrança dos fóros e laudemios em vista do Officio de 8 de Abril de 1835, Av. de 2 de Maio de 1837 e Portaria de 5 Agosto de 1839.

Os chãos encravados ou adjacentes ás povoações servindo para edificação, são aforados na conformidade da L. de 12 de Outubro de 1833 art. 3.

Tanto os aforamentos dos terrenos de Marinha, como estes são perpetuos (L. de 1833 supra-citada e Av. de 25 de Agosto de 1837).

Os bens municipaes, que tambem fazem parte dos nacionaes, não podem ser aforados sem autorisação das respectivas Assembléas Provinciaes. Os situados na Côrte dependem de autorisação do Governo (LL. de 22 de Setembro, art. 2 § 10, e do 1º de Outubro de 1828, art. 42, de accordo com o *Acto addiccional*, e art. 23 e 24 da L. n. 108—de 26 de Maio de 1840).

T. de Freitas na *Consol.* art. 110 § 2 nota diz o seguinte :

« Sobre aforamentos dos *bens do Concelho* existe uma longa serie de Leis, a começar do § 17 da Ord. do liv. 1 t. 66.

« Não ordenando a Lei que os aforamentos se fação em publico a quem mais dér como dispõe a respeito das vendas e arrendamentos, e sendo antes mui conveniente que para os que se acharem de posse sem titulo de aforamento se estabeleça um preço certo e rasoavel, com attenção ás circumstancias do tempo e lugar, assim se deve observar (Av. de 21 de Março de 1830).

Na conformidade da Ord. do liv. 1 t. 62 § 45 os bens de Capellas, Hospitaes, Confrarias e Irmandades, só podem ser aforados em hasta publica, precedendo editaes e pregões por espaço de 20 dias, sob pena de nullidade.

T. de Freitas na *Consol.* nota (3) ao art. 611 diz o seguinte :

« As distincções do § 46 da Ord. do liv. t. 62 não são applicaveis ao Brazil.

« Tambem não nos he applicavel a Ord. do liv. 4 t. 41 sobre a nullidade dos aforamentos de bens vinculados ou da Corôa, quando o administrador receba dinheiro por entrada (*luvas*), i. e., qualquer quantia para as concessões. »

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Cordeiro—*Dub.* 29, 30 e 31, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) pag. 538, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 4 § 2 nota, liv. 3 t. 11 § 21 e 22, Almeida e Souza—*Dir. Emph.* to. 1 pag. 226, *Notas á Mello* to. 1 pag. 85, to. 2 pag. 41 e 88, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 536 e nota Y, Ramos —*Apont.* de n. 1128 a 1137.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira- *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) pag. 538, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 8, 12 e 20, e Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 1 pag. 85.

(3) Vide Barbosa no *com.*, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 de n. 1002 a 1033, e Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 3 t. 11 § 24, 25 e 26 de pag. 181 a 193, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* de § 562 a 566.

(4) A L. de 4 de Julho de 1776 declarou, que o contracto emphyteutico *essencialmente* consiste em aforar terrenos para edificar casas ou terras incultas para abrir ; differindo assim do *contracto de locação* por longo tempo de annos ou de vidas, que consiste em aforar casas, quintas e terras fructiferas pela mesma renda que costumão andar, sem a necessidade de nellas

nomeada possa nomear outra, e assi dahi em diante, se em sua vida nomear alguma pessôa a que venha o fôro, e depois fizer outra nomeação delle a outra pessôa, e revogar a primeira, mandamos, que se no contracto do primeiro aforamento fôr dado poder ao foreiro, que possa nomear alguma pessôa antes de sua morte, ou ao tempo della (1), em cada hum destes casos possa fazer huma nomeação, e outra, e quantas lhe approuver até o tempo de sua morte, e pela derradeira serão as outras revogadas sem terem força nem vigor, porque todos os autos que são ordenados para o tempo da morte, se póde mudar, e revogar até a morte (2).

M.—liv. 4 t. 63 pr.

1. Porém, se o que tinha poder de nomear até morte, traspassar em sua vida em outra pessôa a cousa aforada por titulo de dote, ou por qualquer outro, traspassando na dita pessôa todo o Direito que na cousa aforada tinha, posto que reserve para si o uso, e fructo, já não poderá nomear outra vez a pessôa alguma, antes a pessôa em que assi fôr traspassada, poderá dispôr da dita cousa, segundo diremos no Titulo seguinte (3).

M.—liv. 4 t. 63 pr.

2. E se no contracto do fôro principalmente feito entre o senhorio, e o foreiro, lhe fôr dado poder que possa nomear huma pessôa, não se fazendo no contracto menção de morte, depois que huma vez nomear, não poderá mais revogar essa nomeação, nem fazer outra, per que a primeira seja revogada; e ainda que a faça, não valerá, por que por a primeira he adquirido direito ao nomeado (posto que della não seja sabedor), que lhe não póde já ser revogada (4).

M.—liv. 4 t. 63 § 1.

3. E as ditas nomeações não se poderão provar por testemunhas, quando houver outra nomeação per scriptura publica, salvo se o nomeante fizer seu testamento per palavra (1), com as testemunhas, que nossas Ordenações requerem. E se, fazendo assi o dito testamento, nomear, valerá a nomeação feita no dito testamento per palavra, posto que haja outra primeiro feita per scriptura, no caso, onde dissemos, que póde revogar a primeira nomeação, e fazer outra. E assi, se se não mostrar feita alguma nomeação per scriptura publica, poderá o nomeado provar por trez testemunhas ao menos (2) nomeação, que disser lhe ser feita, e valerá a tal nomeação (3).

M.—liv. 4 t. 63 § 2.

4. E bem assi no caso, onde a nomeação feita huma vez não se póde mais revogar, se o que ha de nomear fizer testamento, e nelle nomear, e depois revogar o dito testamento, ou fôr por Direito per qualquer modo havido por nenhum, fica a nomeação isso mesmo (4) revogada, e poderá nomear outra vez: por quanto a nomeação feita no testamento revogado, ou havido por nenhum, he isso mesmo (5) havida por nenhuma, como se nunca fosse feita (6).

M.—liv. 4 t. 63 § 3.

---

se fazer bemfeitoria alguma para produzirem as sobreditas rendas em que são aforadas.

O Al. de 3 de Novembro de 1757, já tinha declarado que todo o arrendamento que não fosse *aforamento em fatiota para sempre*, ou ao menos por *tres vidas* não passava de locação, onde não ha transferencia do dominio util; e nem dá direito de excluir os anteriores locatarios, senão nos outros casos, em que por direito he permittido aos locadores excluirem seus inquilinos.

Vide nota (6) á Ord. do liv. 3 t. 47 pr., e nos *additamentos* a este liv. tanto este Alvará como a Lei de 1776.

(1) Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (a) pag. 539 e 540.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 3 e 8 nota, § 9, 11 e 12, Almeida e Souza—*Dir. Emph.* t. 1 pag. 200, 255, 264, 287, 291 e 324, *Notas á Mello* to. 4 pag. 276 e *Fascic.* to. 2 pag. 59.

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 9 e 31, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (a) pag. 542, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 8 nota, § 24 nota, e § 25, e Almeida Souza—*Dir. Emph.* to. 1 pag. 228, 291, 299 e 324.

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.* Phebo—*Dec.* 127 n. 13, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 notas (b) á pag. 532 e (a) á pag. 544, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 8 nota, 14, 24 nota, e 25, e Almeida e Sousa—*Dir. Emph.* to. 1 pag. 302.

(1) *Testamento por palavra*, i. e., nuncupativo.

(2) *Trez testemunhas ao menos*. Na primeira edição havia a falta da palavra *trez*, que o Ass. de 27 de Agosto de 1611 mandou contemplar por se achar no original, que foi consultado.

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (b) á pag. 544, e Almeida e Sousa—*Dir. Emph.* to. 1 pag. 261 e 335, e *Fascic.* to. 2 pag. 95.

(4) Vide nota (3) á Ord. do liv. 1 t. 10 § 1.

(5) Vide nota precedente.

(6) A Provisão de 9 de Março de 1767 publicada por Borges Carneiro no seu primeiro *Additamento Geral das Leis, Resoluções e Avisos de* 1603 em diante, estabelece doutrina differente, como se vê do resumo dado pelo mesmo Jurisconsulto, e que aqui registramos:

« Provisão do Desembargo do Paço em virtude da Resolução de 18 de Janeiro do mesmo anno.

« Confirma as sentenças que tinhão julgado *valiosa* a nomeação do prazo da Quinta do Gatão, sem embargo de se poder ainda disputar a validade do testamento em que foi feita, conforme a doutrina de muitos Doutores, muitas vezes seguida neste Reyno, segundo a qual se sustentão as nomeações de prazos feitos em testamentos nullos ou revogaveis; a qual he talvez a mais conforme ás leis do Reyno e ao Direito Romano, pois estes bens não se recebem dos immediatos antecessores, mas a successão delles se regula pelas primeiras investiduras, e concessões dominicaes. »

Pegas no *com.* á Ord. do liv. 1 t. 62 pr. gloss. 5, cap. 3 n. 26, sustenta a mesma doutrina da Provisão supra, onde diz que as palavras—*testamento revogado ou nenhum* se devem entender do testamento que o proprio testador em vida revogou, e não do *julgado nullo* por sua morte, em que se mantém todos os direitos que não tem relação com a successão directa do morto.

Valasco na *Consulta* 61 n. 6 sustenta differente doutrina, que Pegas no mesmo cap. n. 27 combate.

Lima no *com.* n. 7 diz que a disposição da Ord. se mantem sendo o testamento absolutamente nullo: pelo contrario quando he annullado por preterição de filho, ou injusta desherdação, etc.

Com esta doutrina concorda Almeida e Sousa—*Dir.*

5. Outrosi, quando o que têm poder para nomear, nomear huma pessoa simplesmente, sem traspassar outro direito nella, e a pessoa nomeada se finar primeiro que o nomeante, poderá nomear outra vez; pois o nomeado morreu primeiro, que houvesse effeito a nomeação (1).

M.— liv. 4 t. 63 § 4.

6. E sendo o contracto de aforamento feito para o que o toma e para sua mulher, e para hum filho que dantre elles nascer, como muitas vezes se costuma em nossos Reinos fazer(2), bem poderá o pai ou mãi, qual derradeiro delles fallecer, nomear hum de seus filhos ou filhas, qual quizer; mas não poderá nomear outra pessoa estranha (3). E no dito caso, não tendo filhos poderá nomear hum neto ou neta (4), qual quizer, posto que no contracto se não faça menção senão de filho (5).

M.—liv. 4 t. 63 § 5.

7. E em todo caso, onde dissemos, que o foreiro, a que he dado poder no contracto do aforamento, que possa nomear alguma pessoa ao fôro, que póde revogar a nomeação já por elle feita, e fazer outra, assi o poderá fazer aquelle, que por elle fôr nomeado, se por virtude do primeiro contracto lhe he dado poder para nomear outra pessoa. E no caso, em que o foreiro não póde revogar a nomeação, que já fez, assi a não poderá revogar o que fôr nomeado por elle (6).

M.—liv. 4 t. 63 § 6.

8. E tudo o que dito he ácerca do nomear e poder revogar, ou não poder mais revogar, depois que huma vez nomear; e bem assi tudo o conteúdo neste titulo haverá lugar não sómente quando o poder de nomear foi dado em contracto, mas ainda quando foi dado em testamento (1) ou ultima vontade (2).

M.—liv. 4 t. 63 § 7.

TITULO XXXVIII.

Do foreiro, que alheou o fôro com autoridade do senhorio, ou sem ella (3).

O Foreiro, que traz herdade, casa, vinha ou outra possessão aforada para sempre (4), ou para certas pessoas (5), ou a tempo certo

---

Emphy. to. 1 § 221, e Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 3 pag. 193.

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 566 diz, que se a nomeação do prazo se fizer em fórma de legado, subsiste ainda que o testamento seja annullado, em vista da Res. de 18 de Março de 1786, nos casos em que os legados subsistem nullo o testamento.

T. de Freitas na *Consol.* art. 640 diz, que não achou esta Res. de 1786, reputando engano: mas este Jurista dá-lhe a data de 1766, quando Coelho da Rocha refere-se á 1786.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 546, to. 3 nota (*a*) á pag. 705, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 25, Phœbo—*Dec.* 123 ns. 6 e 41, e Almeida e Sousa—*Dir. Emph.* to. 1 pag. 147, 173 e 336.

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 546, e Almeida e Sousa—*Dir. Emph.* to. 1 pag. 318.

(2) He o prazo *familiar*, ou *de providencia*.

(3) O filho illegitimo vem por estas palavras á ficar excluido, e ainda o do segundo consorcio (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 547).

(4) Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 548, e to. 3 nota (*a*) á pag. 695.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Cordeiro—*Dub.* 29, 30 e 31, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 8 nota, § 11, 22, 23, 24. e Almeida e Sousa—*Dir. Emph.* to. 1 pag. 232.

(6) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Slva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 549.

(1) Os aforamentos podem tambem constituir-se por testamento por esta Ord., mas outra tem sido a pratica.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 549, e Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 24 e 25.

(2) *Ou ultima vontade*, i. e., por Codicillo.

(3) Vide sobre este titulo Gama—*Dec.* 283, Valasco—*De Jure Emph.* q. 26 n. 6 e *Cons.* 113, Caldas—*de Renovat.* q. 7 n. 7 *de extinct. Emph.* cap. 3, e de *Emph.* cap. 26 n. 37 e 40, Cabedo—p. 1 *Dec.* 103 e Ag. Barbosa nas *Castigationes* de n. 98 a 152.

(4) *Aforada para sempre.* He este o praso *perpetuo* e *fateusim* da especie entre nós usada.

A palavra *fateusim*, ou *fatiosim*, *em fatiota*, he corrupção da grega *emphyteuse* e *emphyteuta*.

As Ords. do liv. 1 t. 62 § 46, e deste liv. t. 38 e 39 pr. usão da expressão—*para sempre*.

A dos ts. 40 e 96 § 24—*em perpetuo*, a do t. 41—*in perpetuum*, a do t. 96 § 23—*aforamentos perpetuos* e § 24.

O Reg. de 3 de Setembro de 1627 cap. 76, e Alv. de 3 de Novembro de 1757 serve-se do termo praso—*em fatiota*; e o Alv. de 10 de Abril de 1821 da palavra—*fatiosim*.

O prazo perpetuo ou era hereditario oe familiar. Os primeiros (Ord. deste liv. t. 36 § 7 e t. 96 § 23 e 21) passavão constantemente aos successores ou herdeiros do foreiro, até a extincção da successão ou commisso.

Os segundos não passavão a herdeiros estranhos, mas e tão sómente aos da familia dos foreiros, e por isso erão conhecidos por prazos *familiares*, *ou de providencia*.

Como se vê, a nomeação nestes casos era limitada; e na mór parte dos casos estava escripta na lei, podendo até o desherdado pelo pai em certos bens, herdar o prazo.

O D. de 26 de Julho de 1813 determinava que os prazos da Fazenda de Santa Cruz fossem reduzidos a perpetuos.

Outro tanto resolveu o Al. de 19 de Abril de 1821 quanto aos aforamentos dos terrenos da Camara Municipal da Côrte, e respectivas sub-emphyteuticações.

Consulte-se nos *additamentos* a este liv. tanto aquelle Decreto, como o Alvará de 1821. e T. de Freitas—*Consol.* nota aos arts. 606 e 609.

(2) *Ou para certas pessoas.* Este prazo he o denominado *de vidas*, entre nós não usado, mas muito em pratica em Portugal (Ord. deste liv. t. 39 § 2).

Este contracto tinha lugar quando o dominio util era concedido somente a certo numero de pessoas, ou *vidas*, de ordinario *trez*.

Cessando de existir essas trez vidas, avô, pai, e filho, ou pai, filho e neto, devolvia-se o prazo ao Senhorio para usar delle como entendesse.

Esta falta de successão (*caducidade*) habilitava o Senhorio a, reunindo o dominio *directo* com o util, consolidar o seu direito, a menos que o herdeiro do ultimo foreiro não quizesse usar do direito de renovação do fôro.

Este prazo tambem chamado vitalicio era de nomeação livre ou mixta.

A Ord. do liv. 1 t. 62 § 46 designava-os por esta fórma: —*se aforarão em trez pessoas*; a deste liv. t. 41—*em certas pessoas*, e a dos tits. 36, 37 e 97 § 22 e 25, assim como o Al. de 3 de Novembro de 1757 usa da expressão—*em vidas*.

Esta especie de prasos tambem erão *familiares* ou de

de dez annos, ou dahi para cima, não poderá vender, escaimbar, dar, nem alhear a cousa aforada sem consentimento do senhorio (1).

E querendo-a vender, ou escaimbar, deve-o primeiro notificar ao senhorio (2), e requerel-o, se a quer tanto por tanto (3), declarando-lhe o preço, ou cousa, que lhe dão por ella; e querendo-a o senhorio por o tanto, havel-a-ha, e não outrem. E não a querendo, então deve ser vendida a pessoa, que livremente pague o fôro ao senhorio, segundo fórma do contracto do aforamento.

E no caso, que a quizer doar (1), ou dotar (2), não lhe pagará quarentena (3),

---

livre nomeação (Ord. deste liv. t. 36 e 37 e Alv. de 12 de Maio de 1769). Os primeiros cuja nomeação era restricta dividião-se em *familiares puros e familiares mixtos*.

Os prazos ou perpetuos ou vitalicios tambem se classificavão em *Ecclesiasticos* ou *seculares*, conforme a procedencia da propriedade.

Consulte-se sobre esta materia Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 53 e scholio.

(1) Da mesma fórma não pode sub-emphyteuticar, nem dar em pagamento ao credor, salvo sendo prazo perpetuo *alienavel*, porque em taes condições pode alhear sem dependencia do Senhorio (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (a) pag. 550).

(2) *Notificar ao Senhorio.* Vide Ord. deste liv. t. 11 § 3.

T. de Freitas na *Consol.* art. 616 nota (1) diz o seguinte:

« A notificacão judicial só he precisa, se o Senhorio extra-judicialmente avisado se porta com inacção, e não quer optar, nem prestar seu consentimento (Almeida e Souza—*Dir. Emph.* § 929 e seguintes).

« Declarado o preço ao Senhorio, e querendo elle exercer seu direito de opção por esse preço declarado, podem os contrahentes arrepender-se da compra e venda?

Resolve-se negativamente no *Rep. das Ords.* to. 1 pag. 228 e to. 2 pag. 556.

« Não se póde porém conciliar esta solução com a faculdade de arrependimento que sempre tem as partes antes da assignatura de venda. Não havendo venda, não ha em que se funde o direito do Senhorio directo. »

(3) He este o direito de opção ou prelação *(jus protimeseos)*, direito que, como bem diz Coelho da Rocha no § 549, he fundado na equidade, e tem em seu favor o interesse da ordem publica.

Este direito foi negado ás Corporações de *mão morta* pela L. de 4 de Julho de 1768, e Alv. de 12 de Maio de 1769.

Mas se o foreiro declarar um preço differente para mais ou menos do que realmente offerecem, cahe o prazo em commisso.

Da mesma sorte o sub-emphyteuta querendo alhear, deve offerecer primeiro ao Senhorio.

Os trinta dias da Ord. são continuos, sem exclusão dos feriados; e não correm se o Senhorio morrer, ou estiver legitimamente impedido. O Senhorio tambem deve ser ouvido se passados os trinta dias a alheação não se fizer, sendo-lhe licito mudar de opinião quanto á compra.

Se o comprador do prazo não pagar logo o preço, e fôr esperado como no caso da Ord. deste liv. t. 7 § 1, o Senhorio tambem se pode apresentar, e tomar para si o prazo, pagando logo.

Se antes dos trinta dias o Senhorio dér a sua decisão, a compra póde realizar-se sem dependencia da expiração do termo.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) pag. 553, nota (*a*) pag. 556, nota (*a*) pag. 562, e nota (*a*) pag. 565.

T. de Freitas na *Consol.* art. 617 nota (2) diz o seguinte:

« Só tem lugar a venda do immovel aforado em sua integridade, não sendo licito dividir o prazo (Ord. liv. 4 t. 36 § 7, t. 96 § 23 e Al. de 6 de Março de 1669, e arts. 112 e 1186 da *Consol*).

« Deliberando o Senhorio directo pela alienação do prazo, e dando a licença, pode ser realizada a alienação ainda antes de terminar-se o prazo de trinta dias. Poderá o Senhorio variar de vontade? Creio que não.

« Quanto a *terrenos de Marinha*, o Av. n. 19—de 11 de Janeiro de 1856 declara, que *podem ser alienados em parte*, uma vez que os foreiros paguem um fôro proporcional á parte com que ficarem, visto que o direito dos Senhorios directos he renunciavel.

« O Av. n. 324—de 3 de Outubro do mesmo anno suppõe essas transferencias parciaes do dominio util de terrenos de Marinha, mandando lavrar novos termos de aforamento, e expedir-se os necessarios titulos, sem todavia impôr-se aos novos foreiros condições diversas dos anteriores aforantes.

« A divisibilidade dos terrenos de Marinha tambem he reconhecida na Circ. n. 288—de 8 de Outubro de 1859, a qual declara que só foi este o fim dos citados Avisos de 11 de Janeiro e 3 de Outubro de 1856, o não relevar os foreiros da pena de commisso, quando alienão sem consentimento os terrenos de Marinha no todo ou em parte. »

Deste *direito de opção* não se pode utilisar o foreiro, quando o Senhorio quizer vender o seu dominio directo, porquanto aquelle direito foi introduzido em favor do Senhorio, e não do emphyteuta; e não deve ser interpretado em prejuizo daquelle (Corrêa Telles—*Interp.* § 67).

Vide Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 550 e 551.

(1) Salvo se o prazo fôr Ecclesiastico; se a doação fôr remuneratoria de algum debito legal, ou troca ou compensação.

Vide em Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 550 os outros casos em que esta excepção tem cabimento.

(2) Se a pessoa doada ou dotada fôr comprehendida na investidura do foreiro ou emphyteuta, não depende este de licença do senhorio. He sufficiente communicar-lhe, a menos que o dote não seja *estimado*, por isso que he caso de venda; ou se o foreiro tiver outros bens com que possa dotar, porquanto não ha necessidade de alheação do prazo (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 565, e nota (*a*) pag. 566).

Nestes casos nem se paga laudemio ao Senhorio, assim como nos de reposições ou tornas em partilhas (Al. de 14 de Dezembro de 1775 § 9), principio que tambem ficou consagrado nas doações dos terrenos de Marinha (Av. de 28 de Março de 1840).

« Tem-se limitado esta disposição, diz T. de Freitas, ao caso em que o dote fôr *estimado*, caso em que se suppõe ser a venda feita ao marido. Ora, no dote *não estimado*, se não ha venda feita ao marido, dá-se a alienação dos bens que o dotador faz á mulher dotada. »

Esta apreciação parece-nos mui sensata.

Corrêa Telles na *Interp.* § 40 diz o seguinte:

« Se não estivera tão geralmente recebida a opinião, que o foreiro *não cahe em commisso* dotando o prazo á sua filha sem comtudo o dar a saber ao Senhorio; eu diria que a Ord. do liv. 4 t. 38 pr., a qual lhe impõe esta pena, supposto que rigorosa, tem sua equidade, porque he em todo o caso muito justo, que o Senhorio saiba quem possue o prazo, e de quem hade receber o fôro (Valasco—*Cons.* 113 n. 25, *Repert.* art. *Foreiro* to. 2 pag. 566).

(3) *Quarentena*, i. e., a quadragesima parte, que o foreiro paga ao senhor predial de laudemio ou terradego, quando não tem estipulado outra quantia (Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 551 e 552). De quarenta, um.

O D. n. 467—de 23 de Agosto de 1856, tratando a respeito do pagamento do *laudemio* exigido pela venda dos predios rusticos e urbanos em terrenos aforados, determinou que devia conservar-se e fazer observar, a jurisprudencia estabelecida na conformidade da litteral e indistincta disposição da Ord. liv. 4 t. 38, em vigor, continuando esta a applicar-se da maneira que tem sido entendida, e pagando-se o laudemio nos casos de venda e escaimbo, tanto do valor do terreno aforado, como das bemfeitorias, que nelle houverem, em quanto outra cousa não fôr determinada por acto legislativo. »

Vide T. de Freitas—*Consol.* art. 619 nota (1).

O Av. n. 60—de 25 de Junho de 1850 declarou, que as licenças para venda, troca, ou traspasso de pro-

e todavia lho fará saber, para ver se tem algum legitimo embargo. E este requerimento, que se ha de fazer ao senhorio, se quer a cousa pelo tanto, não sómente se deve fazer na venda voluntaria, que se fizer por vontade do foreiro, mas tambem na necessaria, que se faz per mandado e auctoridade de Justiça (1).

E não querendo o senhorio declarar logo se a quer tanto por tanto (2), será esperado trinta dias do dia, que fôr requerido: os quaes passados, e não declarando se a quer, então a poderá vender, ou escaimbar, sem mais esperar pela resposta, ou pagamento do preço: e pagará ao senhorio a quarentena (3), ou o conteúdo em seu contracto (4).

E declarando dentro nos trinta dias, que a quer pelo tanto, pagando-lhe logo o preço, havel-a-ha, sem neste caso haver quarentena. E não lhe pagando o preço dentro dos trinta dias, posto que dentro delles declare, que a quer, o foreiro a poderá vender a quem quizer, sem embargo da dita declaração (1).

M.—liv. 4 t. 64 pr.

1. E sendo a venda, escaimbo, doação, ou outra qualquer alheação, feita em outra maneira, sem auctoridade do senhorio, será nenhuma e de nenhum vigor; e o foreiro por esse mesmo feito perderá todo o direito, que tiver na cousa aforada (2), e tudo será devoluto e applicado ao senhorio (3), se o quizer, e não o querendo, poderá demandar e constranger o foreiro, que haja á sua mão, e torne a cobrar a cousa foreira, e lhe pague seu foro conforme ao contracto (4).

M.—liv. 4 t. 64 § 1.

2. E quando a cousa foreira fôr vendida, escaimbada, ou por outra maneira alheada por auctoridade do senhorio a outra pessoa, se foi aforada a esse, que a alheou para elle e certas pessoas (5), entender-se-ha sempre ser primeira pessoa o principal foreiro, que vendeo, ou alheou o fôro,

---

priedades foreiras á Fasenda pagavão sello fixo. Da mesma sorte paga-se na troca laudemio por ambas as propriedades foreiras, tenhão ou não igual valor. Assim se entende esta Ord., não tendo lugar o argumento da sisa para o laudemio.

Os Avs. de 28 de Março de 1840 e n. 251—de 19 de Novembro de 1853, declararão que nas vendas de prazos, alem do laudemio, paga-se a competente sisa, e nas doações excedentes á taxa legal da insinuação paga-se os 4 por cento da Tabella de 1841, substitutiva da de 1838. Mas o laudemio só he devido estando já o foreiro cedente empossado com titulo e fôro constituido.

Laudemio vem de *à laudando*, i. e., o premio pelo reconhecimento de novo emphyteuta. Se se não acha estabelecido no contracto paga-se dous e meio por cento do valor da venda (Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 552 e 553, Ramos—*Apont.* n. 1174, Almeida Souza—*Dir. Emph.* to. 2 § 1041, e to. 3 § 170).

Pelo que respeita aos laudemios de terrenos de Marinha consulte-se a L. do orçamento n. 60—de 20 de Outubro de 1838, art. 9 § 27, e Av. n. 193—de 12 de Julho de 1851 nos *additamentos* a este liv.

Devendo-se laudemio ainda nas vendas de *retro*, estará ainda o foreiro obrigado a novo laudemio remindo o prazo?

Esta questão he suscitada por T. de Freitas na *Consol.* sem resolvêl-a. Desde que ha uma nova alienação pelo facto de remissão, parece que pode-se responder pela affirmativa.

O D. n. 656—de 5 de Dezembro de 1849 de conformidade com esta Ord., e a do liv. 1 t. 62 § 48 firmou o principio de que a obrigação do pagamento do laudemio compete ao vendedor, e sómente lhe pode ser demandado pela omissão. O contrario succedia no Direito Romano.

Consulte-se nos *additamentos* a integra deste Decreto.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) pag. 569, e nota (*a*) pag. 575, Corrêa Telles—*Dig. Port.* n. 966 e 667, *Doutr. das Acç.* § 399 usque 402, Vasconcellos — *Consultor Juridico* art. *Marinhas*, e Ramos—*Apont.* de n. 1132 a 1141, e de n. 1174 a 1183.

(1) Ord. do liv. 3 tit. 97 § 3. A menos que não sejão expropriações forçadas para as obras publicas. (D. de 13 de Dezembro de 1788 § 11).

(2) *Tanto por tanto, será esperado trinta dias.*

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) pag. 578.

(3) Vide nota (3) retro á esta Ord.

(4) Ord. do liv. 1 t. 62 § 48. Depois de feito o contracto, pago o laudemio, os mesmos contrahentes o desfizerem, estão sujeitos a novo laudemio, por isso que he uma nova venda e novo contracto, a menos que no primeiro não se houvesse estipulado o pacto de *retrovendendo*. Vide nota (3) *retro*.

Cumpre notar que na sub-emphyteuticação o laudemio pertence ao Senhorio directo, e não ao emphyteuta.

Hypothecando o prazo por maior valor, paga-se por este excesso laudemio (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (a) pag. 569).

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos com., Phæbo—Dec. 115 n. 23, Pereira de Castro—Dec. 26, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 9 § 11, liv. 3 t. 11 § 1 nota, § 2 nota, § 3 e 4 nota, § 9, 12, 14, 15, 16, 17 e 27 e t. 14 § 11, Almeida e Souza — *Acç. Sum.* to. 1 pag. 446, *Execuç.* pag. 438, *Dir. Emph.* to. 1 pag. 25, 28, 258 e 412, to. 2 pag. 1, 63, 125, 132, 137, 139 e 156, e to. 3 pag. 101, 142, 303, 336, 382 e 410, *Notas a Mello* to. 3 pag. 82, *Aval.* pag. 16 e 78, *Aguas* pag. 48, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 de n. 957 a 970, Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 3 t. 3 § 16 e 17, Cardoso da Costa—*Bens do Prazo* § 5, 14 usque 24.

(2) He a pena do commisso que não pode ter lugar:

1.º Se a venda ou alheação fôr nulla de sua natureza por outro caso.

2.º Se não houve entrega real do prazo.

3.º Se apezar de feita a entrega pela clausula—*constituti*, se impôz tambem a clausula reservativa—*se consentir o Senhorio.*

4.º Se o preço tiver ficado a arbitrio de um terceiro, que ainda não o haja declarado.

5.º Se fôr feita á pessoa declarada na investidura.

Accresce que assim como o foreiro não pode alhear sem consentimento do Senhorio, tambem não pode estabelecer servidão, senão durante a sua posse.

Sobre a acção de *commisso* consulte-se Corrêa Telles —*Doutr. das Acç.* § 397 e 398.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) pag. 575.

(3) He este o *direito* chamado de *consolidação*, que tem o Senhorio, no caso do emphyteuta cahir em commisso; mas neste caso compete-lhe pagar as bemfeitorias ao emphyteuta.

Vide Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 554, 556 e 558.

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos com., Ag. Barbosa — *Castigationes* de n. 153 a 168, e Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 3, 15, 28, e t. 14 § 11.

(5) *Certas pessoas.* Os Commentadores desta Ord. suscitarão duvidas quanto á intelligencia destas palavras; entendendo uns que *certas pessoas* referião-se á familia do foreiro, e que quando o prazo se constituia com o proposito de utilisar a uma familia (*prasos familiares* ou *de providencia*), e se declarava no contracto, não podia o foreiro vendê-lo a seu arbitrio ainda com

emquanto elle viver. E morto elle, começará ser segunda pessoa o que o houve por compra, escaimbo, doação, ou por qualquer outro titulo. E depois delle passará o fòro a quem por direito pertencer, conforme ao contracto do aforamento.

M.—liv. 4 t. 64 § 2.

3. E se o que comprar cousa aforada, ou a houver por outro titulo, fallecer em vida do que lha vendeo, ou nelle traspassou, poderá o que a houve por compra, ou traspassação, nomear outrem, a quem por sua morte fique a cousa aforada.

E bem assi em sua vida a poderá vender e traspassar em outrem com licença do senhorio em vida do primeiro foreiro; e a pessoa, que a houver delle, emquanto viver o primeiro emphyteuta, terá o lugar e direito na cousa aforada, que o primeiro emphyteuta nella tinha, antes que a alheasse; e fallecido elle, começará o que possuir a cousa ser outra pessoa, de modo que se o que vendeo, ou alheou a cousa, era primeira pessoa, em quanto elle viver, sempre durará o direito da primeira pessoa, assi áquelle, que a delle houve, como a qualquer outro, que depois houver a cousa por qualquer titulo. E fallecido o primeiro foreiro, começará o que possuir o fòro, ser segunda pessoa.

E se o que a comprou, ou houve por outro titulo, fallecer em vida do que a traspassou nelle, sem em sua vida, nem por sua morte dispor della, ter-se-ha na successão a maneira (1), que dissemos no Titulo 36: *Do que tomou alguma propriedade de fôro para si e certas pessoas*, etc. (1).

M.—liv. 4 t. 64 § 3.

4. E isto, que dito he, se guardará e haverá lugar, salvo se ao tempo, que o fòro for vendido, escaimbado, ou por outra maneira alheado, for entre as partes outra cousa acordada com auctoridade do senhorio, porque então se cumprirá seu acordo e concerto (2).

M.—liv. 4 t. 64 § 4

TITULO XXXIX.

Do foreiro, que não pagou a pensão em tempo devido. E como purgará a mora (3).

Se o foreiro, que recebeo do senhorio alguma possessão de bens profanos por certo fòro, ou pensão (4), ou quantidade de fructos (5), ou preço para sempre, ou para certas pessoas, ou por certo tempo de dez annos, ou dahi para cima, não pagar o fòro ou pensão por trez annos cumpridos e continuos (6), perderá todo o direito,

---

consentimento do Senhorio; outros, pelo contrario, sustentavão que podia fazel-o

Entre os primeiros apontaremos Phæbo, Valasco, Gama, Caldas, Pinheiro, Silva Pereira, Lima, etc.

Sustentão a segunda Pegas, Almeida Souza, e Coelho da Rocha.

A opinião dos primeiros, fundada no Direito Romano e mais coherente com a fé dos contractos, parece-nos mais acceitavel.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Phæbo p. 2 *Dec.* 186, Pegas—*Forens.* cap. 10 de n. 69 em diante, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (b) pag. 578, Almeida e Souza—*Dir. Emph.* to. 2 de § 944 a 958, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 560 scholio e § 555 scholio, segunda parte.

« Os prazos de vidas, diz este Jurista, *ainda que estas estejão designadas, bem como os de geração, podem ser alienados, obrigados, hypothecados pelo foreiro*, pois na designação das pessoas, ou clausula de geração imposta pelo Senhorio, não se presume animo de instituir *fideicomisso*. »

(1) Neste caso, como no do t. 36 § 2 deste liv. ha devolução para o Senhorio, e dá-se a consolidação do praso por *caducidade*, i. e., falta de successão.

Consulte-se Almeida e Sousa—*Dir. Emphy.* to. 1 §§ 135 e 136, e Coelho da Rocha —*Dir. Civ.* § 555 e scholio.

T. de Freitas na *Consol.* art. 631 nota (1) diz o seguinte:

« Eis outro caso de consolidação—*caducidade* (Ord. deste liv. t. 36 § 2).

« O direito de consolidar por esta causa tornou-se impraticavel: 1.º porque a Ord. citada só trata de prazos de livre nomeação; e 2.º porque a mesma Ord. foi por ta modo ampliada pelos §§ 25 e 26 da L. de 9 de Setembro de 1769, que raramente deixaria de haver successor, »

Se o foreiro que alheou o prazo já estava na ultima pessoa, morto elle, he o Senhorio obrigado á *renovar* o prazo no parente mais proximo do foreiro que o comprou, e não do que vendera, pois ao tempo de sua morte já não tinha a posse (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 534).

Nas renovações dos antigos prazos de vidas, encontrava-se mais uma alcavala imposta ao foreiro sob o titulo de *luctuosa*, que era uma prestação extraordinaria para o senhorio na extincção de cada uma das vidas. Esse onus desappareceu (Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 547).

Consulte-se Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 3 pag. 193 e seguintes.

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 580, e to. 1 nota (*a*) á pag. 299).

(2) Vide Ord. do liv. 2 t. 35 § 7, e deste liv. 4 t. 36 § 5, Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 §§ 3 e 8, e Almeida e Sousa—*Dir. Emphy.* to. 3 pag. 421.

O Al. de 15 de Julho de 1779 nos adverte, diz Almeida e Sousa, que se não deve confundir o *censo* com a *Emphyteuse* em que he livre sem usura gravar-se a cousa aforada com maior pensão do que cinco por cento. »

(3) Vide Barbosa no *com.*, Cabedo—p. 1 *Dec.* 154, Cardoso—*in Praxi*, verbo—*Emphyteusis*, e Corrêa Telles—*Dig. Por.* to. 3 de ns. 928 á 956, e *Dout. das Acç.* §§ 397 e 398, Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 3 pag. 124.

(4) *Fôro* ou *pensão*. Tambem se chama *canon* e *renda*, e sendo a quota indeterminada, *ração*. He a prestação, que o foreiro deverá satisfazer annualmente ao senhorio em reconhecimento do dominio directo.

Qualquer convenção das partes, diz Coelho da Rocha § 541, á este respeito he valida, uma vez que não intervenha lesão (Ord. deste liv. t. 13 § 6, e Almeida e Sousa—*Dir. Emphy* to. 1 § 62).

Vide nota (2) ao § 4 da Ord. deste liv. t. 38.

(5) Vide Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* §§ 542, 543 e 544, e Almeida e Sousa—*Dir. Emphy.* to. 2 §§ 679, 714, 715, 722, 723 e 725.

As pensões dos nossos aforamentos perpetuos, diz Freitas na *Consol.* art. 614 § 1 nota (3) *in fine*, são todas á dinheiro.

(6) Entenda-se, totalmente e *in integrum*. A mais pequenina falta sujeita á pena do commisso (Gama—*Dec.* 41 n. 2 e 119 n. 1), ainda que Pinheiro—*de Emphy.* disp. 8, sustenta o contrario.

que na cousa aforada tinha (1), para o senhorio, se o quizer (2).

M.—liv. 4 t. 65 pr. e § 2.

1. E cessando o foreiro de pagar o fòro e pensão ao senhorio por trez annos continuos e cumpridos de bens profanos, postoque depois queira purgar a mora e tardança, em que foi, por não pagar por todos os trez annos, offerecendo ao senhorio todo o fòro e pensões devidas, não purgará por isso a mora, nem será relevado do commisso (3), em que cahìo, aindaque lhe o senhorio receba as pensões, salvo se expressamente lhe aprouver de lhe aceitar a dita purgação, e o relevar do commisso, em que assi cahío (4).

M.—liv. 4 t. 65 §§ 1 e 2.

2. E nas possessões Ecclesiasticas, dadas de fòro a pessoas Ecclesiasticas, ou leigas, não pagando o foreiro a pensão e fòro ao senhorio por dous annos cumpridos e continuos, perderá logo todo o direito, que na possessão e cousa aforada tiver, para o senhorio, se a quizer haver (1).

Porém, neste caso poderá o foreiro purgar a mora, em que foi, de não pagar, offerecendo ao senhorio as pensões devidas em qualquer tempo, antes que seja citado em Juizo, ou depois de citado, offerecendo-as antes da lide contestada.

E com razão he dada esta faculdade ao foreiro dos bens Ecclesiasticos de poder purgar a mora e tardança, pois por mais breve tempo cahe em commisso, que o foreiro dos bens profanos. Pelo que mandamos que nos bens Ecclesiasticos se guarde o Direito Canonico, e nos bens profanos o Direito Civil, segundo por Nós he declarado (2).

M.—liv. 4 t. 65 § 2.

TITULO XL.

Que se não aforem casas senão a dinheiro.

Mandamos que nenhuma pessoa possa dar, nem tomar de fòro em pessoas, ou em perpetuo, ou per contracto de dez annos, ou dahi para cima, casas, nem chão, em se hajam de fazer, por pensão e fòro de pão, vinho, azeite, nem de outras cousas semelhantes, sómente a dinheiro (3). Poderão porém pôr no dito fòro quaesquer aves que quizerem (4); e fazendo o contrario, havemos os taes contractos por nenhuns, e de nenhum effeito (5).

M.—liv. 4 t. 65 § 3.

---

(1) Esta devolução tem lugar:

1.º—Ainda que o prazo seja de grande valor, e o fòro muito modico.

2.º—Ainda que se tenha pago a mór parte e falte alguma cousa.

3.º—Ainda que o foreiro não pagasse por lhe não pedir o senhorio.

4.º—Ainda que os successores do prazo não tivessem culpa da omissão; a menos que não haja malicia da parte do foreiro predecessor.

5.º—Ainda que houvesse grande damno na maior parte do prazo.

6.º—Ainda que o foreiro seja menor; e possa por essa causa posteriormente resgatar o prazo por via de restituição.

7.º—Ainda que recaia em muitos successores, e só um deixou de pagar a quota respectiva.

8.º—Ainda que o prazo seja perpetuo; salvo se o pagamento se não fez por ignorancia notoria: se foi impedido de tomar posse: se o senhorio lhe he devedor de tanta ou maior quantia que o canon, e queira compensar: se por causa da guerra ou da peste, não pôde utilisar o prazo; se esteve preso durante o triennio: se fôr tão pobre, que não possa pagar a pensão: finalmente se o prazo por qualquer circumstancia acabar totalmente.

Sendo o prazo, dote da mulher, a omissão do marido não prejudica a mulher, assim como a do pai ou tutor não prejudica ao menor ou orphão (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) ápag. 581).

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 42 e 119, Mello Freire—*Inst.* 3 liv. 3 t. 11 § 1 nota, § 2 nota. §§ 3 e 4 nota, §§ 12, 1, 27, Almeida e Sousa—*Dir. Emphy.* to. 1 pag. 142 *Dir. Dom.* pag. 53, e *Fascic.* to. 2 pag. 221, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* de §§ 541 á 548.

(3) A acção de commisso, diz T. de Freitas na *Consol.* art. 629 nota (4), he muito odiosa, e não obstante o silencio da lei, os praxistas têm mitigado o seu rigor com diversas excepções de defeza que quasi sempre a excluem.

Quanto ao commisso dos foreiros dos terrenos de marinha, cuja emphyteuse rege-se pelos principios dos prasos, convém consultar os Avs. n. 308—de 12 de Junho de 1841, n. 376—de 12 de Novembro de 1856, cir. n. 288—de 8 de Outubro de 1859, e n. 295—de 12 do mesmo mez e anno.

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 notas (*a*) e (*b*) á pags. 523 e 524, Mello Freire — *Inst.* liv. 3 t. 41 §§ 8 e 27.

(1) Não podendo taes prazos se consolidarem (L. de 4 de Julho de 1768, e Al. de 12 de Maio de 1769 art. ultimo), devem os prazos devolutos ser logo aforados dentro de anno e dia, salvo sendo das Ordens Militares (L. de 30 de Dezembro de 1768).

Vide Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 3 pag. 207 § 28.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 85, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) ás pags. 525 e 526, e Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 28, e Almeida e Sousa—*Obrig.* pag. 484, e *Denunc.* pag. 77.

(3) A disposição desta Ord., diz T. de Freitas na *Consol.* art. 614 nota (3), que prohibia aforar casas, ou chãos para reedificar, pelo fòro de pão, azeite, etc., mas só por dinheiro, e aves, não nos diz respeito.

Temia-se que os moradores das cidades, não tendo os referidos fructos (e nisto concorda Lima *com.* n. 2), fossem omissos no pagamento do fòro, e commettessem fraudes que punia a Ord. do liv. 5 t. 65. Esta mesma razão dictou a providencia da Ord. do liv. 4 t. 68. As pensões dos nossos aforamentos perpetuos *são todos á dinheiro.*

(4) Estas aves devião ser *vivas* (Barbosa no *com.*), mas Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*d*) á pag. 594 diz, que essas aves devião ser além de vivas, domesticas, salvo sendo das que só pela caça se podião apanhar, como perdizes, codornizes, que erão recebidas mortas.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Guerreiro—*Dec.* 45, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 1 § 2, liv. 3 t. 11 § 1 nota e § 9, Almeida e Souza—*Dir. Emph.* to. 1 pag. 436, e *Casas* pag. 253.

TITULO XLI.

Que os foreiros dos bens da Corôa, Morgados, Capellas ou Commendas, não dêm dinheiro, nem outra cousa aos senhorios, por lhes aforarem ou innovarem (1).

Pessoa alguma, que trouxer terras da Corôa de nossos Reinos, e os Administradores de Capellas e Morgados, e Commendadores, de quaesquer commendas que sejam, que tiverem poder para aforar os bens da Corôa (2), Capellas, Morgados ou Commendas, não poderão levar, nem levem dinheiro algum (3), nem outra cousa da vantagem aos foreiros por lhes fazerem os contractos de aforamentos, ora seja *in perpetuum*, ora em certas pessoas, ou por lhes innovar os contractos já feitos.

E fazendo-se o contrario, o que receber o dinheiro, pagará o que assi recebeu, e mais outro tanto ; e o que der o dinheiro por entrada, perca o que assi der, e mais pague de pena outro tanto, quanto lhe fôr provado que deu, a metade para quem o accusar, e a outra para os Captivos. E o contracto fique nenhum e de nenhum vigor, e polo mesmo feito fique devoluto ao senhorio, para o aforar de novo a quem quizer (4).

M.—liv. 4 t. 66.

TITULO XLII.

Que não sejam constrangidas pessoas algumas a pessoalmente morarem em algumas terras ou casaes (5).

Por quanto somos informados, que em algumas partes de nossos Reinos eram constrangidas muitas pessoas, assi homens, como mulheres, descendentes, ou transversaes daquelles, que tomaram alguns casaes, ou terras, posto que seus herdeiros não fossem, que per força fossem morar e povoar essas terras e casaes pessoalmente, e se não queriam ir, faziam que os prendessem, e sobrello lhe davam muita fadiga e oppressão, e os traziam em demandas.

(1) Vide sobre esta Ord. Barbosa no *com.* ; assim como no to. 3 das *Memorias de Litteratura* a que foi escripta por Thomaz Antonio de Villanova Portugal sobre—*Qual foi a origem, e quaes os progressos, e as variações da jurisprudencia dos Morgados em Portugal.*

(2) Vide Ass. de 30 de Agosto de 1832, posto que sem valor entre nós, por isso que foi publicado depois da Independencia.

(3) O que vulgarmente se chama *luvas.*

T. de Freitas na *Consol.* nota (3) ao art. 61!, diz que esta Ord. não nos he applicavel.

Se ha no paiz bens nacionaes a aforar, porque não tem applicação no Brazil esta Ord. ?

Entre nós semelhante percepção importaria o crime de peita, punido no art. 130 do Codigo Criminal.

Consulte-se sobre esta materia o Ass. de 30 de Agosto de 1832, cuja doutrina parece confirmar nossa opinião.

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota *(b)* á pag. 585, e Almeida e Souza—*Dir. Emph.* to. 1 pag. 21, to. 3 pag. 84, e *Morgados* pag. 359.

(5) Vide Barbosa no *com.*

A doutrina desta Ord. acha-se melhor definida na nossa Constituição art. 179 § 1 e 6.

Pola qual razão muitas mulheres deixavam de casar, por não acharem quem as quizesse, por dizerem que eram ascripticias (1), e obrigadas a povoarem e morarem as ditas terras e casaes; e porque a tal obrigação parece specie de captiveiro, o qual he contra razão natural (2); mandamos que nenhuma pessoa seja

(1) *Ascripticias*, ou *adscripticias*, i. e., as pessôas obrigadas a residir em determinada terra ou casal.

Propriamente o *servo da gleba.*

(2) *Contra a razão natural.*

Em virtude deste principio forão promulgadas as seguintes Leis e Alvarás.

1.º—L. de 20 de Março de 1570 vedando captivar os indigenas do Brazil, salvo em justa guerra.

2.º—L. de 11 de Novembro de 1595 prohibindo o captiveiro dos mesmos indigenas, salvo em guerras approvadas pelo Governo.

3.º—Al. de 30 de Julho de 1609 declarando ser contra Direito natural o captiveiro dos indigenas, e prohibindo-o absolutamente.

4.º—Al. de 10 de Setembro de 1611 modificando o precedente Alvará, e dando garantias aos apresados em justa guerra.

5.º—Alv. de 10 de Novembro de 1647 extinguindo as administrações dos indigenas do Maranhão, e declarando-os livres para poderem servir e trabalhar onde bem quizessem.

Além destas Leis consulte-se o D. de 5 de Setembro de 1648, os Alvs. de 16 de Junho de 1675, de 31 de Março de 1680, de 4 de Abril de 1680, de 24 do mesmo mez de 1688, de 6 de Janeiro de 1691, de 15 de Março de 1696; e as L. L. de 17 de Outubro de 1653, de 9 de Abril de 1655, de 29 de Abril de 1667, do 1º Abril de 1680, de 17 de Janeiro de 1691, e de 4 de Março de 1697.

E da mesma sorte as L. L. de 11 de Janeiro e do 1º de Fevereiro de 1701, de 21 e de 22 de Abril de 1702, de 5 de Julho de 1715, de 9 de Março de 1718, de 12 de Outubro de 1719, e de 6 de Junho de 1755, e Als. de 4 de Abril e de 7 de Junho de 1755, de 3 de Maio de 1757 (*Directorio*), de 17 de Agosto de 1758.

O Al. de 8 de Maio de 1758 declarou, que os Indios de todo o Brazil erão senhores de sua liberdade e bens em tudo e por tudo, como os do Maranhão, fazendo-se transcendente á todos as Leis publicadas á favor destes, tanto á respeito das pessôas, como dos bens.

Além desta legislação temos ainda a notar as LL. de 5 de Novembro e de 2 de Dezembro de 1808, e outras disposições que se podem consultar em Furtado—*Repertorio Geral* na palavra—*Indios.*

Vide nos *Additamentos* a este liv. o D. n. 426—de 24 de Julho de 1845.

Pelo que respeita á liberdade dos Indios da Azia existe o Al. de 2 de Abril de 1761 declarando que *sendo baptisados* ficarião habeis para todos os empregos, sendo preferidos aos estranhos; não se devendo trata-los por *negros* ou *misticos.*

Sobre a liberdade dos indigenas de Angola existe a Carta Régia de 5 de Dezembro de 1613, cuja integra não conhecemos.

Mas na *Collecção* de Justino vem o seguinte transumpto :

« Por Carta Régia de 5 de Dezembro de 1613 foi determinado, *á instancias do Procurador Geral dos Jesuitas*, que o Desembargo do Paço consultasse se era justo observar-se em Angola a liberdade dos Indios do Brazil. »

Parece que esta supplica não foi attendida, por isso que o trafego de Africanos continuou com applauso ou tolerancia da Metropole.

Por esta causa em 18 de Março de 1684 se expedio um Alvará contendo o *Regimento da ordem com que se havião de embarcar os Negros captivos de Angola para o Estado do Brazil*, posteriormente alterado pelo Al. de 22 de Janeiro de 1810.

Em 3 de Março de 1741 expedio-se outro Alvará impondo a pena de marca de ferro em huma das espaduas aos Negros que se achassem nos Quilombos.

Consulte-se sobre esta materia Fernandes Thomaz—*Repertorio Geral* art. *Negros* ; assim como Furtado no respectivo *Repertorio* na palavra—*Negros.*

constrangida a povoar e morar casal algum, ou terra pessoalmente por dizer, que he ascripticio, e obrigado a pessoalmente ir povoar o dito casal, por descender de semelhantes pessoas. Porque queremos que em nossos Reinos não haja semelhante genero de servidão (1), sem embargo de quaesquer Leis e Ordenações, que em contrario haja.

Porém não tolhemos, que sejam obrigados a cumprir os contractos por elles feitos, ou per aquelles, cujos herdeiros foram (2).

M.–liv. 2 t. 46.

TITULO XLIII.

Das Sesmarias (3).

Sesmarias são propriamente as dadas de terras, casaes (1), ou pardieiros (2), que foram, ou são de alguns Senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são.

As quaes terras, e os bens assi danificados, e destruidos podem e devem ser dados de sesmarias, pelos Sesmeiros (3), que para isto forem ordenados. E a Nós sómente pertence dar os ditos Sesmeiros, e os pôr nos lugares onde houver terras ou bens de raiz que de sesmaria se devão dar.

E se as terras onde se as sesmarias houverem de dar, forem foreiras, ou tributarias a Nós ou á Corôa de nossos Reynos, quer se os fóros e tributos arrecadem para Nós, quer para outrem, a que os tenhamos dados, costumamos dar por Sesmeiros os nossos

---

(1) Bello principio que faz honra ao Legislador Portuguez, e que já se achava consignado na Ord. Manuelina, do liv. 2 t. 46.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 567, e Almeida e Sousa — *Dir. Emph.* to. 3 pag. 53, *Notas á Mello* to. 3 pag. 559.

(3) *Sesmarias.* Portugal—*de Donationibus* pag. 2 cap. 43 ns. 88 e 89 diz que esta palavra vem da palavra latina—*cæsinæ*, os córtes ou rasgões feitos na superficie da terra pela relha do arado ou pela enxada, segundo a *glos.* in L. *Silva cædua* § *novalis* ff *de verborum significatione.*

Outros dizem que vem do verbo *sesmar*, partir, dividir, demarcar terras.

Viterbo no *Elucidario* exprime-se por esta fórma :

« *Sesmaria.* Assim chamarão as datas das terras, casaes ou pardieiros, que estão em ruina, e desáproveitados, e que os seus direitos senhorios, depois de avisados não fazem aproveitar e valer. Aos Almoxarifes pertence hoje semelhante inspecção, segundo a Ord. do Reino, liv. 4 t. 43.

« Antigamente erão *Sesmeiros*, os que El-Rey destinava, para darem as ditas propriedades de *Sesmaria*, outras vezes permittia aos Concelhos (*Municipalidádes*) o nomea-los.

« A origem deste nome parece que se deve procurar em *Sesma* (hoje *Sesmo*) que era a sexta parte de qualquer cousa. E como estas terras se costumavão dar com fòro, e pensão de *sexto* ou de *seis um*, daqui se disse facilmente *sesmaria e sesmeiro* ; e tambem *sesmo*, sitio, termo ou limite, em què se achão estas terras, assim dadas de sesmaria. »

Com esta etymologia concorda Ag. Barbosa nas *Castigationes* n. 176, referindo-se á Nebrissa (*Dicc. Hispanico*), e á Sebastião Orosco (*Thesoro de la lengua Española*) na palavra *sesma*, notando que as terras incultas erão dadas para rotear, mediante a renda da sexta parte dos fructos.

Sobre esta materia convém consultar a *Memoria* de Vicente Antonio Esteves de Carvalho, intitulada — *Observações historicas e criticas sobre a nossa legislação agraria chamada commummente das Sesmarias.* Lisboa — 1815 ; assim como outro trabalho do mesmo Jurista, intitulado—*Progressos da emphyteuse, e sua influencia sobre a agricultura em Portugal.* Lisboa—1814.

Como se vê as dadas das terras virgens do Brazil não se poderia chamar *Sesmarias*, mas como se achavão desaproveitadas, assim forão tambem denominadas. E a respeito dessas dadas ou datas expedirão-se differentes actos legislativos de que por interesse historico apontaremos aqui os principaes e mais notaveis ; visto como a presente Ord. não era applicavel á este paiz (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) á pag 664.

Entre nós actualmente, nem esta Ord., nem a subsequente legislação nenhum valor tem por se acharem revogadas pela L. n. 601—de 13 de Setembro de 1850, e D. n. 1318—de 30 de Janeiro de 1854, regulando a venda e a posse das terras devolutas e publicas.

Tanto a lei n. 601 como o D. n. 1318 se encontrarão nos *additamentos* á este liv.

Eis a Legislação antiga sobre as *Sesmarias.*

A Provisão de 5 de Dezembro de 1653 declarava que as dadas de *Sesmarias* não se reputavão bens da Corôa, embora estivessem lançadas nos livros dos *Proprios.*

O Al. do 1º de Abril de 1680 § 40 e L. de 6 de Junho de 1655 declarava que na concessão de taes dadas á particulares sempre se reservava o prejuizo de terceiro.

As *Sesmarias* privativamente do Brazil, contão as seguintes Cartas Régias : de 16 de Março de 1682, de 27 de Dezembro de 1695, de 7 de Dezembro de 1697, de 23 de Novembro de 1698, de 20 de Janeiro de 1699, de 27 de Janeiro de 1711, e Provisões de 20 de Agosto, e de 28 de Março de 1743.

O Al. de 5 de Janeiro de 1785 declarou, que as Sesmarias do Brazil constituião huma parte consideravel do dominio da Corôa, e erão dadas com a condição *essencialissima* de se cultivarem.

A maneira de concedê-las na Bahia foi regulada por Al. de 3 de Março de 1770 § 7, podendo ser embargadas por terceiro.

Pela Carta Régia de 4 de Julho de 1768 § 11 tem o Governo permissão para dar as das Corporações de mão-morta, quando ellas não queirão fazê-lo, estando incultos os terrenos.

O D. de 10 de Julho de 1792 declarou, que por Lei antiga, promulgada para bem e adiantamento da agricultura, e incorporada na Ord., davão as Sesmarias de terras incultas, sem outro encargo além do Dizimo.

Al. de 5 de Outubro de 1795 regulou a concessão das Sesmarias no Ultramar, devendo para esse fim serem ouvidas as Camaras.

Este Decreto foi suspenso em 1796 por outro de 10 de Dezembro.

Pelo D. de 22 de Junho de 1808 forão os Capitães Generaes do Brazil authorisados para fazer concessões de datas de Sesmarias, sujeitas á confirmação do Desembargo do Paço.

Por outro Decreto de 25 de Novembro do mesmo anno permittio-se que essa concessão se estendesse aos estrangeiros residentes no Brazil.

O Al. de 25 de Janeiro de 1809 regulou a fórma das cartas expedidas pelo Desembargo do Paço, e as condições de approvação.

Tanto este Alvará como os Decretos de 1808 se encontrarão nos *additamentos* á este liv.

Vide Barbosa no *com.*, Gama—*Dec.* 230, e Cabedo — p. 1 Ar. 46, Fernandes Thomaz — *Repertorio*, art. *Sesmarias*, Furtado — *Repertorio* art. *Sesmarias*, e Menezes—Silveira da Motta—*Apont.* art. *Sesmarias*, e Menezes—*Pratica dos Tombos*, cap. 8 nota 10.

(1) *Casaes*, i. e., casas de campo ou grangearias. Tambem se chama *Casal*, o lugarejo de poucas casas, o solar.

(2) *Pardieiros*, i. e., casas velhas, ameaçando ruinas, ou já arruinadas e deshabitadas.

(3) *Sesmeiros*, i. e., os que tinha cargo de dar *Sesmarias*, das terras maninhas, incultas, ou abandonadas.

Almoxarifes dos lugares ou Almoxarifados (1), onde os taes bens ou terras estão (2).

M.—liv. 4 t. 67 pr.

1. E os Sesmeiros que taes terras ou bens de sesmaria houverem de dar, saibão primeiro quaes são, ou foram os senhores delles. De como o souberem, façam os citar em pessoa e suas mulheres, assinando-lhes tempo conveniente a que perante elles venham dizer, que razão tem a se não darem de sesmarias as ditas terras, casas ou pardieiros (3). E não abastará para isto terem citados os emphyteutas ou outros possuidores dos taes bens, mas todavia sejam citados os senhorios delles. Os quaes vindo á citação ouçam-nos com as pessoas que as sesmarias requerem, e se taes causas allegarem e provarem, porque as não devam dar, não se darão. E se as não allegarem ou as não provarem, ou não vierem á dita citação assinem-lhes hum anno (que he termo conveniente) para que as lavrem, ou aproveitem, e repairem os ditos bens, ou os vendão, emprazem, ou arrendem, a quem os possa aproveitar ou lavrar. E se o não fizerem, passado o dito anno, dêm os Sesmeiros as ditas sesmarias a quem as lavre e aproveite. E isto haverá lugar assi nos bens de quaesquer Grandes e Fidalgos, como de outros de qualquer condição que sejam (4).

M.—liv. 4 t. 67 § 1

2. E não podendo os Sesmeiros saber quaes são os senhores das ditas terras e bens, façam apregoar nos lugares onde os bens stiverem, como se hão de dar de sesmaria, declarando onde stão, e as confrontações delles (5). E façam em esses lugares, e em outros dous a elles mais comarcãos (1), por editos de trinta dias, em que se contenha, que aquelles cujos os bens forem, os venham lavrar e aproveitar até hum anno, se não que se darão de sesmaria. E se alguns vierem ouçam-nos com os que as sesmarias requerem (2), e façam em tudo como acima dissemos, quando specialmente são citados. E se passado o anno contado depois que os trinta dias dos edictos forem acabados, não vierem, dêm as sesmarias (3).

M.—liv. 4 t. 67 § 2.

3. E em qualquer caso que os Sesmeiros dêm sesmarias, assinem sempre tempo aos que as derem ao mais de cinco annos, e dahi para baixo, segundo a qualidade das sesmarias, que as lavrem, e aproveitem sob certa pena, segundo virem, que o caso requere, a qual não passará de mil réis (4), e será para nossa Camera, se as terras forem tributarias (5), e os tributos se arrecadarem para Nós, e se para outrem se arrecadarem, que tragão as terras de nossa mão, serão as penas para elles, por se melhor requererem. E se as terras forem isentas serão (6) as penas para os Concelhos onde stiverem.

E não lhes assinando certo termo a que as aproveitem, Nós por esta Ordenação lhe havemos por assinados cinco annos (7). E serão avisados os Sesmeiros que não dêm maiores

---

(1) *Almoxarifes dos lugares*, ou *Almoxarifados*. Erão os arrecadadores das rendas publicas nas Comarcas, que hoje equivalem á Collectores.

Almoxarifado era o officio ou cargo de Almoxarife, ou o districto sujeito á algum destes funccionarios.

Consulte-se sobre este cargo Pereira e Souza—*Dicc. Juridico* art. *Almoxarife*, e Viterbo no *Elucidario* na palavra—*Almosarife* ou *Almozarife*.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 notas (*a*) e (*b*) á pag. 669, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 7 § 3 e 4 e *Hist.* § 61, e Almeida e Souza—*Dizimos* pag. 66, e *Notas á Mello* t. 1 pag. 234 e 239, to. 3 pag. 65 e 92.

Nas dadas de Sesmarias não tinha lugar a Lei Mental, como se vê da nota do Dez. João Alvares da Costa em Silva Pereira—*Rep.* to. 3 nota (*b*) supra citada.

(3) Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) a pag. 661.

(4) A L. de 4 de Julho de 1768 § 61 authorisou o Governo para dar de sesmaria as terras das Corporações Religiosas nestas condições, quando estas não queirão fase-lo.

Vide Barbosa, e Lima no respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 7 § 5, Almeida e Sousa—*Notas a Mello* to. 1 pag. 234.

(5) De conformidade com o Al. de 25 de Janeiro de 1809, que se encontrará nos *additamentos* a este liv.

Os marcos das sesmarias devião ser de pedra e não de páo (Prov. de 2 de Julho de 1836).

A medição da sesmaria não pode prejudicar, nem prefere a quem está de posse antes da concessão da respectiva data (Prov. de 14 de Março de 1822).

O Av. de 6 de Outubro de 1823 prohibia as dispensas de lapso de tempo para as medições. A Prov. de 11 de Novembro do mesmo anno, mandou suspender a medição de sesmarias das terras de S. Cruz até a factura do tombo, aviventando a Res. de 18 de Dezembro de 1820.

O Av. n. 86—de 30 de Novembro de 1844 declara, que não havendo naquellle tempo mais concessões de sesmarias, não podem ter lugar as medições do Al. de 25 de Janeiro de 1809, e tão pouco as custas no mesmo determinadas.

(1) *Comarcãos*, i, e., mais visinhos, proximos, perto.

Tambem o que reside na mesma Comarca, ou districto; e o que está no limite ou raia de um territorio ligado com outro.

(2) O Al. de 3 de Março de 1770 § 7 permitte embargar-se a concessão. O mesmo ja havia determinado o Al. do 1º de Abril de 1680 § 40, e D. de 6 de Junho de 1775.

Na sua concessão devem ser ouvidas as Camaras dos respectivos Municipios (Al. de 5 de Outubro de 179[illegible] § 15).

O Escrivão que devia escrever em feitos desta ordem foi designado no Al. de 8 de Abril de 1807 § 2.

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Cabedo—p. 1 *Ar.* 57, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) a pag. 661, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 7 § 5, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 1 pag. 234.

(4) Vide Al. de 16 de Setembro de 1814.

As dadas ou datas de sesmarias *sempre* forão concedidas com a condição *essencialissima* de se cultivarem as terras (Al. de 5 de Janeiro de 1785).

(5) *Terras tributarias* para distinguir das *isentas* ou *allodiaes*.

As primeiras estavão sujeitas a alguns onus, sob o titulo de terradego, censo, fôro, pensão, etc.

(6) *Terras isentas*. Vide a nota precedente.

Vide Ord. do liv. 2 t. 23, e Silva Pereira—*Rep. dos Ords*. to. 3 nota (*b*) a pag. 18.

(7) *Cinco annos*. Passado este tempo prescrevia o direito á dada de sesmaria.

terras a huma pessoa de sesmaria (1), que as que razoadamente parecer que no dito tempo poderão aproveitar (2).

M.—liv. 4 t. 67 § 3.

4. E se as pessoas a que assi forem dadas as sesmarias, as não aproveitarem ao tempo que lhes fôr assinado, ou no tempo que nesta Ordenação lhes assinamos, quando expressamente lhes não fôr assinado, façam logo os Sesmeiros executar as penas que lhes forem postas, e dêm as terras que não stiverem aproveitadas, a outros que as aproveitem, assinando-lhes tempo, e pondo-lhes a dita pena (3).

E as que lhes acharem aproveitadas lhes deixarão com mais algum logradouro (4) do que não stiver aproveitado, quanto lhes parecer necessario para as terras aproveitadas que lhes ficam. E as que não stiverem aproveitadas darão sem ser citada a pessoa a que primeiro foram dadas.

Porém, aquelle a que primeiro foram dadas, se tiver legitimos embargos a se darem, poderá requerer sua justiça (5). E os autos que os Sesmeiros fizerem, sejam escritos por Tabellião ou Scrivão que de Nós tenha para isso autoridade (6). E nas Cartas de sesmarías se ponha summariamente a substancia dos ditos autos, para se saber se foram dadas como deviam (7).

M.—liv. 4 t. 67 § 3.

5. E se depois que as sesmarias forem dadas, recrescer contenda se são bem dadas ou não, se stiverem em terras foreiras ou tributarias a Nós ou á Corôa de nossos Reynos, o conhecimento pertence aos nossos Almoxarifes. E se forem em terras isentas, pertence o conhecimento aos Juizes ordinarios dos lugares onde taes bens stiverem (1).

M.—liv. 4 t. 67 § 4.

6. E quanto aos bens dos Orfãos, que forem danificados, mandamos aos Juizes, que constranjam aos Tutores (2), que os aproveitem, pondo-lhes pena, que os pagarão por seus bens, se forem dados de sesmaria por os não aproveitarem.

E se forem bens de Capellas, Hospitaes, Albergarias, ou Confrarias (3), que já em algum tempo foram aproveitados, e então andem danificados, não os dêm os Sesmeiros de sesmaria, mas constranjam com penas os Administradores, ou Mordomos, que os aproveitem e tornem ao stado, em que stavam, antes que fossem danificados, assinando-lhes tempo conveniente para isso, e pondo-lhes penas (4).

M.—liv. 4 t. 67 § 5.

7. E se os senhores dos bens, que forem pedidos de sesmaria, andarem homiziados (5) fóra do Reyno, serão requeridas suas mulheres, e dêm-lhes tempo, a que lho façam saber (6). E se não vierem, nem mandarem Procurador, dêm Curador aos bens, e assinem-lhes tempo de hum anno, a que os aproveitem. E feitas estas diligencias, não os aproveitando, nem repairando no dito tempo, então os dêm de sesmaria a quem os aproveite.

M.—liv. 4 t. 67 § 6.

8. E por quanto algumas pessoas deixam perder seus olivaes, e colher mato (7), por os não quererem adubar (8), nem roçar (9), e para lhos não pedirem de sesmaria, escavam, ou cultivam algumas oliveiras, e não querem roçar os matos. E outros, que tem terras para dar pão, as deixam encher de grandes matos e soveraes (10), e por lhos não pedirem, lavram hum pedaço de terra, e deixam toda a outra. E alguns deixam perder as vinhas, e tornar em

---

(1) No Brasil não havia limite certo para as concessões.

As sesmarias variavão. Ora as dadas ou datas erão de meia, ora de legua quadrada.

A Prov. de 21 de Junho de 1816 declarou que nove mil braças era a área ou medida exacta de uma legua quadrada.

Na Bahia a principio chegou-se a conceder datas de *quatro leguas de comprimento e uma de largo.*

Vide na *Revista do Instituto historico e geographico do Brazil* to. 3 pag. 373 a Memoria intitulada—*Fragmentos de uma Memoria sobre as sesmarias da Bahia*; assim como o to. 19 da mesma *Revista*, pag. 159 o *Auto de posse que se deu ao Governador João Fernandes Vieira das terras do porto do Touro ao Ceará-mirim.*

(2) Vide Barbosa. e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. dos Ords.* to. 4 nota (e) á pag. 661, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 7 § 5, e Almeida Sousa—*Notas a Mello* to. 1 pag. 234,

(3) Vide nota (4) ao precedente §.

(4) *Logradouro*, i. e., pascigo publico de alguma Villa ou Lugar.

O *logradouro* de algum particular, o chão que tem diante das casas, para differentes uzos.

Logramento differe de *logradouro*, porisso que o primeiro significa a acção do lograr, desfructar ou gosar de alguma cousa.

(5) Vide nota (2) ao § segundo deste titulo.

(6) Vide Al. de 8 de Abril de 1807 § 2, e nota (2) ao § 2 deste titulo.

(7) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—Rep. *das Ords.* to. 4 nota (*a*) a pag. 662, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 7 § 5, e Almeida e Sousa—*Notas a Mello to.* 1 pag. 234.

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*

(2) Vide Ord. do liv. 1 t. 62 § 50 e 54.

(3) Vide Valasco—*Cons.* 105, e nota (2) ao § 1 deste titulo.

(4) Vide Lima no respectivo *com.*

(5) *Homisiados*, i. e., escondidos, foragidos por medo da Justiça.

(6) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Silva Pereira—Rep *das Ords.* to. 4 nota (*d*) á pag. 662.

(7) *Colher mato*, i. e., criar, encher, e inçar de mato

(8) *Adubar*, i. e., estrumar.

(9) *Roçar*. Expressão muito commum entre nós, e pouco usada em Portugal.

Roçar mato, corta-lo, derriba-lo.

(10) *Soveraes*, i. e., matas de Sovereiros ou de sobros, arvore da Europa.

pousios (1), e adubam humas poucas de cepas em hum cabo e outras em outro, e allegam, que as aproveitam.

Mandamos que os donos dos taes bens sejam requeridos, e lhes seja assinado termo, a que adubem os ditos olivaes e vinhas, e as terras lavrem, e semêem ás folhas (2), segundo o costume da terra. E se o assi não fizerem, passado o dito termo, as dêm de sesmaria (3).

M.—liv. 4 t. 67 § 7.

9. E sendo as terras, que forem pedidas de sesmaria, matos maninhos (4), ou matas e bravios (5), que nunca foram lavrados, e aproveitados (6), ou não ha memoria de homens, que o fossem, os quaes não foram coutados (7) nem reservados pelos Reys, que ante Nós foram, e passaram geralmente pelos Foraes com as outras terras aos povoadores dellas. Mandamos, que os Sesmeiros, que forem requeridos para as dar, as vão ver; e se acharem, que se podem lavrar e aproveitar, façam requerer o Procurador do lugar, onde as terras stiverem, que falle com os Véreadores, e digam se tem alguma razão, para se taes matos, pousios, ou maninhos não darem de sesmaria, e ouçam esse Procurador com a pessoa, que os pedir (8).

E sendo em terra tributaria a Nós, ou á nossa Corôa, ouçam o nosso Almoxarife, se elle não fôr o Sesmeiro. E se acharem, que as terras são taes, que sendo rotas (9) e aproveitadas, ou lavradas e semeadas, darão pão, vinho, azeite, ou outros fructos, e que durarão em os dar a tempos, ou a folhas (1), ou em cada hum anno, e que não farão grande impedimento ao proveito geral dos moradores nos pastos dos gados, criações e logramento de lenha e madeira para suas casas e lavouras, dêm os ditos maninhos de sesmaria (2); porque proveito commum e geral he de todos haver na terra abastança de pão e dos outros fructos (3).

M.—liv. 4 t. 67 § 8.

10. E achando que não são terras para dar pão, nem outros fructos, ou que não durarão em os dar, ou que dando-se de sesmaria, fariam grande impedimento ao commum proveito de todos; ou que em particular tolheriam o logramento (4) e uso de alguns moradores, por os ditos matos maninhos, ou pousios serem tão comarcãos a elles, que seria quasi impossivel poderem-os escusar, não os dêm de sesmaria.

E em todas as sesmarias devem sempre respeitar os que as houverem de dar, que não seja maior o dano, que alguns por causa dellas possam receber, que o proveito da lavoura dellas (5).

M.—liv. 4 t. 67 § 9.

11. E se alguns tiverem matos proprios, ou pousios (6), que para os assentamentos de suas quintas, casaes, ou terras são proveitosos, ou pertencentes, ou tenham delles algum proveito, ou logramento, postoque nos lugares e termos, onde os taes matos, ou pousios stiverem, não tenham quintas, casaes, nem outras terras, não os dêm de sesmaria, e deixem seus donos lograr-se delles, pois são seus (7).

M.—liv. 4 t. 67 § 10.

12. E mandamos, que se não dêm valles

---

(1) *Pousios*, i. e., terra folgada, que não foi semeada.

(2) *Semear ás folhas*, i. e., semear as terras de pastos.

Folha, porção de terra de pasto. *Muitas folhas*, muitas pastagens.

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) a pag. 663, e Almeida e Sousa—*Dir. Dominicaes*, pag. 9 e 36

Este § parece antinomico do § 11 deste mesmo titulo, mas essa antinomia foi conciliada pelo Dez. João Alvares da Costa na seguinte nota referindo-se ao Dez. Viegas; disendo que o § 11 diz respeito *a mata e local esteril e infructifero*; e este § *á terra fructifera, que por culpa e facto do respectivo dono tornou-se esteril.*

(4) *Maninhos*, i. e., terrenos incultos e infructiferos.

(5) *Bravio*, i. e., o terreno não cultivado, maninho, etc.

(6) Era este o caso das terras novas da America, e do Brazil.

(7) *Coutados*, i. e., garantidos com o privilegio dos *Coutos*, que se região por leis proprias, e aonde não entravão as Justiças do Rey.

(8) Pela Prov. de 8 de Janeiro de 1818 as informações que se mandão tirar para concessão de sesmarias, são na forma da Ord. do liv. 1 t. 58 § 50, e se remettem sem ficar *traslado*.

A Port. de 14 de Dezembro de 1825 no art. 9 declarou que os louvados não precisão acompanhar a medição das sesmarias. Elles são meros informantes do terreno, que vem sómente dar informação quando he preciso, e retirão-se: devendo ser visinhos do lugar.

(9) *Rotas*, i. e., *arroteadas*, ou desmontadas, arrancadas as hervas e plantas infructiferas.

(1) *Dar a tempos ou á folhas*; i. e., produzir em occasião opportuna, ou alternadamente, cultivando-se umas terras, e ficando outras de pousio.

« Tendo uma herdade muitas *folhas*, não se semeia senão uma, e he causa de faltar o pão no Reyno. »

(2) Vide Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 2 t. 5 § 27.

Silva Pereira no *Rep.* to. 4 nota (*b*) á pag. 664 traz a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa:

Nota: que os pastos publicos se não podem cultivar sem licença de Sua Magestade, *maxime* não havendo Sesmeiros (julgado em 1695), etc. E recorrendo-se depois á El-Rey resolvêo que, por não ser util, senão semeassem os pastos, e se conservasse a defesa daquella villa. Pegas — *Forens.* to. 3 cap. 3 n. 50, e to. 1 pag. 490.

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Cabedo—p. 1 *Ar.* 46, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) á pag. 663, e nota (*a*) pag. 358, e Almeida e Souza—*Dir. Dom.* pag. 36, *Notas á Mello* to. 1 pag. 236, to. 3 pag. 59, 60, 63, 118, e 203, *Aguas* pag. 10.

(4) *Logramento.* Vide nota (4) ao § 4 deste titulo.

(5) Vide Lima nos respectivos *com.*, e Almeida e Souza — *Dir. Dom.* pag. 36, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 60.

(6) Consulte-se tambem a nota (1) ao § 8 deste titulo.

(7) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 4 nota (*a* á pag. 664.

de ribeiras (1), que por Foraes, ou outro direito não sejam nossas. Nem matos, nem matas, nem outros maninhos, que não foram coutados, nem reservados pelos Reys, que ante Nós foram, que são dos termos das Villas e Lugares, para os haverem por seus e as coutarem, e defenderem em proveito dos pastos, criações e logramentos, que aos moradores dos ditos lugares pertencem. E se nelles houver terra para lavoura, dar-se-ha de sesmaria, como acima temos determinado. E se foram dados a algumas pessoas em dano dos moradores dos lugares, pode-los-hão demandar, se entenderem, que tem direito para isso (2).

M.—liv. 4 t. 67 § 11.

13. E por mais favor da lavoura geralmente mandamos, que onde quer que se derem sesmarias de quaesquer cousas, se as terras, onde stiverem, forem isentas, se dêm as sesmarias isentas, e se forem tributarias, com o tributo dellas se dêm, e não lhes ponham outro tributo (3).

E pondo-se mais tributo, ou fòro algum, havemos a tal imposição por nenhuma e de nenhum vigor: e as sesmarias ficarão em sua força sem a tal obrigação de fòro, ou tributo. E mandamos, que se não possam levar assi os que já são postos, como os que ao diante se pozerem, sem embargo de posse, costume, ou prescripção immemorial: porque neste caso havemos por reprovada e nenhuma a dita posse, prescripção, e costume immemorial (4).

M.—liv. 4 t. 67 § 12.

14. E quando he ás roças (5), que se per temporadas podem fazer nos matos, ou maninhos dos lugares, que não são para durar em lavoura por fraqueza da terra, onde stão, mais que per hum anño, dous, ou trez, os Juizes, Vereadores e Procurador dos taes lugares as vão ver, e se a terra fòr tributaria, vá com elles o nosso Almoxarife, e os que as taes terras pedirem.

E se acharem, que queimando-as, rompendo, ou cortando os ditos matos, ou arvores, será dano geral, ou a alguns em particular no logramento e criação, que lhes pertence, ou que será maior o dano e torvação no pascigo dos gados (1), polas coimas (2), que se nas roças podem fazer, que o proveito, que se na lavoura per pouco tempo póde seguir, em taes casos não dêm as ditas terras para roças. E achando, que se não segue dellas dano, dêm lugar para pelos ditos tempos poderem fazer as roças com o tributo da terra, se fòr tributaria, ou sem tributo, se fòr isenta, e isto em favor da lavoura. Tendo sempre respeito ao dar das roças, que por pouco proveito particular, e de pouca dura, não se faça dano geral aos moradores dos lugares, ou a algum delles em particular (3).

M—liv. 4 t. 67 § 13.

15. E defendemos aos Prelados, Mestres (4), Priores, Commendadores, Fidalgos, e quaesquer outras pessôas, que terras, ou jurisdicções tiverem, que os casaes, quintas e terras, que ficarem ermas, se não forem suas em particular per titulo, que dellas tenham, ou per titulo, que tenham as Ordens, ou Igrejas e Mosteiros, as não tomem, nem apropriem para si, nem para as Ordens, Igrejas. ou Mosteiros, e as deixem dar os Sesmeiros de sesmaria, como Nós em nossas terras fazemos.

Nem tomem os maninhos, que per proprios titulos não forem seus, ou das Ordens, e Igrejas, nem os occupem, por dizerem, que são maninhos, e lhes pertencem: por quanto os taes maninhos são geralmente para pastos, criações e logramento dos moradores dos lugares, onde stão, e não devem delles ser tirados, senão para se darem de sesmaria para lavoura, quando fòr conhecido, que he mais proveito, que starem em matos maninhos: e usem em suas jurisdicções e terras, como Nós nas nossas usamos.

E os Sesmeiros poderão dar os maninhos nos casos e maneira, que per Nós he determinado, que se possam dar. Porém não tolhemos ás ditas Igrejas, Ordens e pessoas Ecclesiasticas poderem usar de qualquer titulo e prova, que neste caso per Direito se póde fazer (5).

M.—liv. 4 t. 67 § 14.
S.—p. 2 t. 2 l. 8.

---

(1) *Valles de ribeiras*, i. e., os terrenos marginaes proximos aos rios, e ribeiros.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 3 pag. 60, 118 e 203, e *Aguas* pag. 10.

(3) Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) á pag. 664, traz a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa:

« Foi grande duvida, se podia impor-se pensão nas Sesmarias do Brazil, que são concedidas *em perpetuo*: Cabedo—p. 2. *dec.* 102 diz que não; e nesta materia consultou o Conselho Ultramarino com differença de votos; e o Desembargo do Paço consultou, que não podia esta Ordenação applicar-se ás *Sesmarias do Brazil*, e que Sua Magestade podia revoga-la. »

(4) Vide Lima no respectivo *com.*, Almeida e Sousa—*Dir. Emph.* to. 3 pag. 173, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 183 e 194.

(5) *Roças*, i. e., lavouras.

(1) *Torvação no pascigo dos gados*, i. e., perturbação nos lugares onde pascem ou pastão os gados.

(2) *Coimas*, i. e., multas impostas aos que deixão entrar gados nas terras alheias com fructos, e nos que andavão em bestas muares, em vez de cavallos; cujas multas erão cobradas pelas Municipalidades (*Concelhos*).

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 a pag. 118.

(4) *Mestres*, i. e., os Chefes de Ordens Militares Portuguesas, de Christo, Santiago, e Aviz. Por aqui se vê quanto pela legislação civil erão os *Mestres* inferiores aos Prelados e Bispos.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 377, e to. 4 nota (*c*) a pag. 185, e Almeida e Sousa—*Dir. Dom.* pag. 12 e 37, *Notas á Mello* to. 4 pag. 60, 63, 118, 183, 203 e 204, e *Aguas* pag. 10.

16. E não poderão pôr nas cartas de sesmarias, quando as derem, que não aproveitando as terras, ou matos ao tempo, que fôr limitado, fiquem á Ordem, ou Igreja, ou aos sobreditos senhores dellas. E pondo-se as taes clausulas, as havemos por nenhumas e de nenhum vigor. Porquanto, quando as terras não são aproveitadas aos tempos nas cartas limitados, ficam como dantes eram, para os Sesmeiros as poderem tornar a dar (1).

M.—liv. 4 t. 67 § 15.

TITULO XLIV.

Do contracto da Sociedade e Companhia (2).

Contracto de Companhia he o que duas pessôas, ou mais fazem entre si, ajuntando

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*

(2) *Sociedade e Companhia* Estas palavras em outro tempo erão synonimas, actualmente a segunda designa tão somente as sociedades anonymas. Assim a distingue o Codigo Commercial no tit. 15, em todos os seus Capitulos do art. 287 usque 353.

Ferreira Borges na sua obra—*Jurisprudencia do contracto mercantil de Sociedade* p. 1 secç 2 art. n. 3 § 29 nota diz á este respeito o seguinte :

« *Companhia* antigamente era entre nós synonimo de *sociedade*. A cit Ord. liv. 4 tit. 44 inscreve-se *do contracto da sociedade e companhia*—e dahi em todo o titulo falla de *companhia*. Hoje ainda que se possa dizer *companhia* por *sociedade*, *companheiro* por *socio*, comtudo, estrictamente fallando, hoje, em accordo com todas as nações commerciaes, entende-se por *companhia* a associação incorporada por carta ou alvará de instituição; tal como o foi entre nós a *Companhia do commercio da India*, que teve Regimento em data de 26 de Agosto de 1628 : — a *Companhia do commercio do Brazil* com instituição confirmada por Alv de 10 de Março de 1649 :—a de *Cabo-verde* e *Cacheu*, Alv. de 4 de Janeiro de 1690 ; de *Guiné* e *Macao* : a *Companhia geral do Grão Pará e Maranhão* de 7 de Junho de 1755, a *Companhia geral d'agricultura dos vinhos do alto Douro*, Alv. de 10 de Setembro de 1756 : a *Companhia geral das reaes pescarias do Algarve*, Alv. de 15 de Janeiro de 1773 ; e a *Companhia geral do commercio de Pernambuco e Parahyba*, Alv. de 13 de Agosto de 1759.»

A sociedade ou companhia de que trata esta Ord. he inteiramente civil.

O Legislador não curou das sociedades commerciaes (Ferreira Borges—*Jurisp.* § 17 nota).

O Av. n. 231—de 21 de Agosto de 1855, declarou que o *Codigo Commercial* na p 1 t. 15, só he concernente as sociedades mercantis, sendo indifferente que huma ou ambas as partes sejão *commerciantes*, por que neste caso a jurisdicção nasce em razão somente dos actos e não das pessôas.

Sobre as sociedades commerciaes consulte-se o Cod. Com. nos lugares supra citados.

Pelo que respeita as Companhias ou sociedades anonymas, consulte-se nos *additamentos* o D. 2.711—de 19 de Dezembro de 1860 ; assim como sobre as sociedades em *commandita* o D. n. 1.487—de 13 de Dezembro de 1854.

Consulte-se sobre a materia deste titulo, alem de Barbosa, e Lima nos *com.*, Cardoso—*Praxis*, verbo—*Societas*, Costa Franco—*Tratado pratico, juridico, e civel* p. 1 em que trata especialmente do *Contrato da Sociedade; Companhias* em dezeseis capitulos ; Ferreira Borges obra supracitada, e *Diccionario Commercial* art. *Companhia*, Corrêa Telles— *Dig. Port.* to. 3 tit. 11 de n. 1053 á 1.137, e *Doutr. das Acç. de* § 410 á 412, T. de Freitas—*Consol.* cap. 10 do art. 742 á 766, e Ramos—*Apontamentos* Cap. 11 de n. 1375 á 1501, etc.

todos os seus bens (1), ou parte delles para para melhor negocio e maior ganho (2).

E algumas vezes se faz até certo tempo, outras vezes simplesmente sem limitação delle (3); mas aindaque se faça sem limitação de tempo, morrendo qualquer dos companheiros, logo acabará o contracto da companhia, e não passará a seus herdeiros (4), posto que no contracto se declare, que passe a elles; salvo se a Companhia fosse de alguma renda nossa, ou da Republica (5), que algumas pessôas houvessem tomado juntamente ; porque nestes casos, aindaque algum dos companheiros na renda falleça, passará o tal arrendamento a seus herdeiros pelo tempo, que elle durar, se assi foi no dito contracto declarado (6), e o herdeiro he pessôa diligente e idonea para perseverar na dita Companhia (7).

1. Se o contracto da Companhia fôr feito entre algumas pessôas de todos os bens (8),

(1) Esta sociedade ss presume entre amigos ou irmãos, vivendo na mesma casa, e com meza commum, praticando actos sociaes. São exceptuados os menores.

(2) A esta definição que não he completa, e nem satisfaz ao definido, parece-nos preferivel por mais completa a de Ferreira Borges, no artigo preliminar da p. 1 da *Jurisp.* T. de Freitas na *Consol.* art. 742 adopta a definição desta Ord. e a defende na respectiva nota : a ella nos remettemos.

(3) T. de Freitas na *Consol.* art. 743 nota (1) diz o seguinte :

« Como quando as partes não determinão o tempo da duração da sociedade, entende-se que esta he de tempo *indeterminado*, e que portanto cada um dos socios pode renuncia-la à seu arbitrio (Cod. Com. art. 335 n. 5), segue-se que se não deve recusar o registro de uma sociedade commercial por não determinar o contracto della o tempo de sua duração como exige o art. 303 n. 6 do citado Codigo. »

(4) Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) a pag. 676 traz a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa :

« Arrematou o contracto das *Terças* Diogo Nunes Pereira, e João Martins ; fallecêo este, e sua mulher casou com Joseph Nunes da Fonseca ; quiz Diogo Nunes excluir a viuva, que era herdeira do marido, disendo, que da sua morte para diante não devia ter os lucros, por não haver tracto de transmissão ; *julgou-se que se devião os lucros*, tanquam ex contractu antea gesto : pedio-se revista, e foi pelos informadores da Casa escusada ; e *foi caso muito controvertido.* »

Vide § 4 desta Ord. e art. 335 § 4 do Codigo Commercial.

(5) Esta excepção do Direito Romano foi a unica adoptada pelo Legislador Portuguez ; obrigação imposta pelo Fisco da Republica e depois do Imperio ás sociedades ou associações dos *Publicanos* (arrematadores de impostos).

(6) He por tanto mistér que haja pacto expresso, Silva Pereira—*Rep.* to. 1 nota (*a*) e pag. 531.

(7) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) e (*c*) á pag. 530, (*a*) á pag. 531, e to. 4 nota (*d*) á pag. 675, e nota (*a*) á pag. 676, Gomes—*Diss. Jur.* IX á pag. 369, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 20, Almeida e Sousa—*Fascic.* t. 2 pag. 541, *Obrig.* pag. 473, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 700.

(8) He esta a sociedade *universal*, hoje pouco usada; com excepção da do casamento, conforme o costume do Reino.

A sociedade universal he sempre *civil*. As commerciaes pelo contrario, são sempre particulares.

Nas sociedades *universaes* podemos considerar duas especies : as sociedades de todos os bens presentes, e a sociedade universal dos ganhos.

Ferreira Borges na *Jurisp.* § 11 nota diz o seguinte :

« São as palavras do art. 1836 do Cod. Civ. Fran-

que tiverem, logo o senhorio e posse dos taes bens se traspassará reciprocamente nos companheiros, sem ser necessaria alguma apprehensão corporal (1), ou acto algum, per que se alcance senhorio, ou posse de alguma cousa. E tudo o que qualquer dos companheiros acquirir (2), depois de feita a tal Companhia de todos os bens, per qualquer titulo que seja, se communicará entre todos, e o dominio e posse delles se traspassará nos ditos companheiros (3).

2. E quando o contracto da companhia não fôr de todos os bens, mas de parte delles, assi como de certo tracto, ou negocio (4), aquillo sómente se communicará entre os companheiros, que cada hum delles houver por seu trabalho, ou industria no mesmo tracto, ou negocio, e não aquillo, que cada hum delles houver per outro modo fóra da Companhia por respeito da sua pessôa, ou per beneficio particular, que de alguem recebeu, assi como huma herança, ou legado, doação, ou outra cousa semelhante (1).

3. E fazendo algumas pessôas contracto de Companhia em materia illicita e reprovada (2), assi como em roubar, ou outra semelhante, o tal contracto será nullo, e de nenhum effeito e vigor. E se algum companheiro de Companhia licita houver algum ganho per via illicita, não poderá pelos outros companheiros ser constrangido a darlhes parte delle. Porém, se elle a der voluntariamente, e depois fôr condenado per sentença a restituir o que assi ganhou per meio illicito, serão obrigados os ditos companheiros a restituir a parte do ganho illicito que em si têm (3). Porém não serão obrigados a pagar a pena, em que o companheiro fosse condenado, salvo se foram sabedores (4), que o dito ganho se houvera per modo illicito, e com tudo quizerem haver sua parte delle, porque em tal caso pagarão as ditas penas (5).

4. O contracto de Companhia se desfáz por morte natural de qualquer dos companheiros (6). E aindaque fiquem outros alguns

---

cez; e com ellas se entenderá a doutrina da Ord. do liv. 4 t. 44 § 1, que ambas tem a mesma origem; salvo que a nossa Ord resente-se do limitado Direito Romano, em grandissima parte depurado, e melhorado naquelle Codigo. »

(1) Entende-se haver tacita tradicção.

O D. n 681—de 10 de Julho de de 1850 no art. 7 §§ 2 e 5 sujeita ao sello proporcional na razão do capital respectivo os escriptos publicos ou particulares dos contractos de sociedade O mesmo acontece no caso de dissolução. Igual disposição se lê no D n. 2713—de 26 de Dezembro de 1860 art 6 ns. 2 e 5, e 3139 — de 13 de Agosto de 1863 arts. 9 e 10.

Da mesma sorte a L. n. 243—do 30 de Novembro de 1841 tabella § 35, e Avs n 112 e 125—de 17 de Agosto e de 25 de Setembro de 1857 e n. 279 e 233—de 6 de Outubro e de 3 de Novembro de 1859, obrigão os titulos das companhias ao pagamento dos novos e velhos direitos, cujos Estatutos não podem ser registrados sem essa formalidade.

(2) Vide Ferreira Borges—*Jurisp* § 12 nota.

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com*, Silva Pereira—*Rep das Ords.* to 1 nota (*b*) á pag 591, nota (*a*) á pag 532, e to 4 nota (*a*) á pag. 677, Pegas—*Forens.* to. 1 pags. 360 e 490 n. 250, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 20, e Almeida e Sousa—*Obrig.* pags. 491 e 493.

(4) T. de Freitas na *Consol.* art. 747 nota (2) diz o seguinte:

« Aqui se trata das sociedades *párticulares* em contraposição ás *universaes*. Em que casos as sociedades particulares se devião reputar civis ou commerciaes? Não se pense que as sociedades reguladas no Cod. Com. são sempre commerciaes; pois que tambem podem ser *civis*, como se deixa vêr do D. n. 2711—de 19 de Dezembro de 1860, ao menos quanto ás sociedades anonymas. »

Continuando diz mais adiante:

« A nossa legislação civil he omissa sobre a fórma e *prova* dos contractos de sociedades *civis*, exceptuadas as anonymas reguladadas hoje pelo citado D. 2811—de 19 de Dezembro de 1860.

« Será *essencial* a fórma escripta, como exige o art. 300 do Cod. do Com para as sociedades commerciaes, exceptuada a sociedade em carta de participação? Entendo que a fórma escripta he *essencial* sempre que as sociedades civis forem das mesmas especies para as quaes o Cod. do Com a exige; não assim quando não forem dessas especies, quando não tiverem firma social, casos em que domina a regra geral do Al de 30 de Outubro de 1793 consolidado no art 368 *supra*.

« Deverão porém os contractos de sociedades civis ser registradas, quando ellas forem das especiaes que o Cod. do Com. manda registrar? A razão he a mesma, porém não he possivel registrar nos Tribunaes do Commercio contractos de sociedades civis. »

Vide Ferreira Borges—*Jurisp.* to. 1 §§ 16 e 17 e notas, e Costa Franco—*Trat. Prat.* to. 2 p. 1 cap 4.

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*Dec* 53, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to 1 nota (*b*) á pag. 532, e to 4 nota (*a*) á pag 678, Mello Freire—*Inst.* liv 4 t. 3 § 20. Almeida e Sousa—*Obrig.* pag. 496, e Costa Franco—*Trat. Prat.* to. 2 liv. 1 cap. 4.

(2) O Al. do 1º de Agosto de 1774 declarou que os contractos feitos em positiva desobediencia das leis são nullos e peccaminosos em si mesmos, por que ellas obrigão em hum e outro fôro.

O art 287 do Cod. Com tambem declara que he da essencia das Companhias e sociedades que o objecto e fim a que se propoem seja licito

Considera-se illicita a associação cujo fim he monopolisar os generos de primeira necessidade, ou qualquer ramo de commercio (D. n 2711—de 19 de Dezembro de 1860 art. 9 n. 1, art. 27 regra segunda, e arts. 33 e 34).

As sociedades secretas não estando nas condições legaes estão sujeitas as penas dos arts. 282, 283 e 284 do Cod. Crim., e sob a vigilancia da Policia (D. n. 2711—de 1860 art. 34).

(3) O árt. 28 § 2 do Cod. Crim., obriga á satisfação, posto que não sejão delinquentes, os que gratuitamente tiverem participado dos productos do crime até a concernente quantia.

(4) Esta doutrina está de harmonia com a do art. 6 § 1 do Cod. Crim.

Nas condições previstas cada um dos socios delinquentes fica *solidariamente* obrigado á satisfação do damno causado (Cod. Crim. art. 27).

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) á pag. 532, e nota (*a*) a pag 533, to. 4 nota (*b*) a pag. 678. Ferreira Borges—*Jurisp.* art. prelim. e § 5 e 6 e notas, Costa Franco—*Trat. Prat.* cap 5, 9 e 10, e Almeida e Sousa—*Obrig* pag 496.

(6) T. de Freitas na *Consol.* art 758 § 1 nota (2) diz o seguinte:

« A sociedade não se dissolve pelo fallecimento da mulher de qualquer dos socios, ainda que os herdeiros sejão menores; continúa como o viuvo, ficando reservado para sobre partilha do casal o que elle vier á receber da partilha social em tempo proprio.

« A incapacidade civil que sobrevem á qualquer dos socios por alienação mental, e declaração judicial de fallencia (Cod Crim. art. 335 n. 2), está no mesmo caso do fallecimento, e dissolve a sociedade. Não está porém no mesmo caso a incapacidade civil superve-

vivos, tambem quanto á elles acabará o dito contracto (1), salvo se a principio se accordasse entre todos, que o tal contracto durasse entre os que vivos ficassem (2).

5. E assi mais se desfaz a Companhia, quando algum dos companheiros a renunciar, dizendo aos outros per si, ou per seu Procurador, que não quer mais ser seu companheiro, e isso quando no contracto da Companhia se não declarou o tempo, que havia de durar (3).

6. Porêm, quando o companheiro, que renunciar a Companhia no dito caso, o fizer por manha e engano, nem por isso ficará desobrigado da Companhia (4). Assi como será, quando em huma Companhia de todos os bens hum dos companheiros se affastar della, por haver só huma herança, ou legado, que lhe seja deixado, ou se em huma Companhia (1) feita entre muitos para tomarem de renda huma cousa, algum dos companheiros dissesse, que não queria mais ser companheiro, com intento de tomar a renda só para si. E em cada hum destes casos, sem embargo da renunciação, cada hum destes companheiros será obrigado a dar parte aos mais das ditas cousas, e não das que, depois de ter renunciado a Companhia, por nova causa acquirir (2).

7. Da mesma maneira não poderà hum companheiro renunciar a Companhia, quando a tal renunciaçao fòr em prejuizo della, ou ainda durasse o tempo della.

E em cada hum destes casos ficará obrigado a compôr aos Companheiros a perda, que pola tal renunciação se causar, e communicar com elles qualquer ganho, que elle houver, ou a Companhia podéra haver, se elle se não affastára della; e o dano, que succeder, ficará sómente á conta do companheiro, que fóra do tempo fez a dita renunciação (3).

8 E postoque antes do tempo da Companhia ser acabado nenhum dos companheiros se possa affastar della, todavia em certos casos o poderá fazer (4):

Assi como, se algum dos companheiros fòr de condição tão aspera e forte, que com elle se não possam avir (5):

Ou se o que se affasta da Companhia allegar que he enviado per Nós, ou pela Republica a algum negocio (6):

Ou que lhe não he cumprida alguma condição, com a qual entrou na Companhia (7):

Ou se lhe foi tomada, ou embargada cousa, em que a companhia he feita (8).

9. Não se declarando no contracto da Companhia (9), quanta parte do ganho, ou perda haverá cada hum dos companheiros, en-

---

niente pelo facto de casamento da mulher socia, e esta passa á ser representada por seu marido.

« Posto que a sociedade se dissolva por morte de qualquer dos socios, são validas e obrigatorias para os herdeiros do socio fallecido, e para os outros socios, os actos e contractos sociaes que se tenhão feito antes da noticia da morte, ainda que o resultado delles não seja vantajoso. »

Consulte-se tambem a nota ao art. 653 da mesma obra.

(1) A doutrina deste § está de accordo com a do pr. da Ord., que desposou o rigor do Direito Romano, que a Jurisprudencia moderna tem repellido, de que he testemunho o nosso Cod. Com no art 308, o qual permitte a continuação da sociedade com os herdeiros do socio finado.

« Ha mesmo sociedades, diz T. de Freitas na *Consol.* art 764 nota (4), em que a estipulação a tal respeito (a permissão do art. 308) seria inutil, pois que se a subentende pela naturesa das cousas. Assim acontece: 1.º na *Colonia parciaria* dado o caso do art 654, i. e., que o arrendamento não passa aos herdeiros, quando fôr de parceria; 2.º nas sociedades *anonymas*, ou *companhias* (art. 295 do Cod. Com.), que antes unem capitaes que individuos, e onde por tanto a consideração das pessôas nada influe.

« O mesmo aconteceria nas sociedades em *commandita*, cujo capital fosse dividido em acções; o que pelo nosso Direito não he permittido, segundo declarou o D. n. 1487—de 13 de Dezembro de 1854 »

(2) Esta doutrina está de accordo com a do Cod. Com. art. 335 § 4

Entretanto se entre os herdeiros do socio fallecido houver algum maior ou emancipado, pode continuar na sociedade, se os socios vivos o quiserem admittir, mas, como bem diz T. de Freitas (art. 764 nota 4), faz-se uma nova sociedade, e não he continuação da precedente.

Consulte-se tambem Rebouças—*Obs.* ao mesmo art. 764 da *Consol.*

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (6) a pag. 583, e to. 4 nota (c) a pag 678, Almeida e Sousa—*Obrig.* pag. 496, Corrêa Telles—*Interp.* § 2, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 869, e F. Borges—*Jurisp.* § 167.

(3) A doutrina deste § está de harmonia com a do art. 335 § 5 do *Cod. Com.*

Ferreira Borges na—*Jurisp.* § 158 e 161 notas, diz que he esta a legislação da França Cod. Civ. art. 1869, da Inglaterra *Woolrich* pag. 310, *Cary* pag. 159, e emfim a legislação geral.

Consulte-se tambem a mesma obra nos §§ 56 e 159.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) a pag. 533, e to. 4 nota (a) a pag. 679, Mello Freire—*Inst* liv 4 t 3 § 20, Corrêa Telles—*Interp.* § 115, e Almeida e Sousa—*Obrig.* pag 496.

(4) Vide L. 65 ff. *pro socio*, Costa Franco—*Trat. Prat.* to. 2 cap. 10 e 11, e Ferreira Borges—*Jurisp.* § 170.

(1) *Em huma Companhia.* A primeira edição diz—*huma Companhia.*

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (a) á pag. 534, e to 4 nota (b) á pag. 679, Mello Freire—*Inst* liv. 4 t. 3 § 20, Almeida e Sousa—*Morgados* pag. 75 e *Obrig.* pag 496, Coelho da Rocha—*Dir. Civ* § 870, e Ramos—*Apont* § 1411 e 1412.

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (b) a pag. 534, Costa Franco—*Trat. Prat* to. 2 cap. 10 e 11, e Almeida e Sousa—*Obrig* pag 496 e *Aval.* pag 205.

(4) Esta doutrina se acha de accordo com os arts. 335 e 336 do Cod. Com.

(5) Vide Ferreira Borges—*Jurisp.* § 162 nota e 168.

(6) No direito commercial esta circumstancia não he admittida (*Cod. Com* arts 335 e 336).

(7) Vide Cod. Com. art. 336 § 3.

(8) Vide Cod Com art. 336 § 1 e D. n. 2711—de 19 de Dezembro de 1860 art. 35 n. 3.

Vide tambem sobre este § Barbosa, e Lima nos respectivos *com*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) á pag 534, Guerreiro—de *Divis.* liv. 6 cap. 11 ns. 23 e 24, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 20, e Almeida e Souza—*Fascic.* to. 2 pag 241, e *Obrig* pag 496.

(9) O art. 302 § 4 do Cod. Com. está de accordo com esta disposição, i. e., de que o acto social deverá conter a designação da parte, que á cada um dos socios compete nos lucros e perdas.

tender-se-ha, que cada hum haverá assi do ganho, como da perda, iguaes partes (1).

Não tolhemos porém, que os companheiros logo no tempo do contracto possam repartir entre si a perda e o ganho doutra maneira; porque poderá muitas vezes a industria e saber de algum delles ser de mór valia e proveito para a mesma Companhia, que o cabedal, que os outros metterem, e assi será justo, que este tal tenha mais no ganho e menos na perda (2); não poderão porém os companheiros pôr tal pacto e condição, que hum companheiro leve o ganho todo, e na perda nao tenha parte (3), porquanto o tal contracto, como este, he illicito e reprovado (4).

10. As dividas, que se fizerem por respeito da Companhia e sociedade, della mesma se hão de pagar, postoque a esse tempo seja já acabada (5).

E da mesma maneira se ha de tirar da Companhia a perda e dano, que houve nas cousas della, ou que aconteceu a qualquer dos companheiros nas suas cousas proprias por causa da tal Companhia (1).

Assi como, se sendo mandado hum delles a certo negocio tocante á Companhia, o roubarem os ladrões no caminho, ou lhe matarem o cavallo, em que fôr, ou o scravo, que levar (2).

11. E pelo mesmo modo toda a despeza e gasto, que se fizer em beneficio da Companhia, se ha de pagar della (3).

Porém o que algum dos companheiros gastou fóra da Companhia aindaque fosse em algum acontecimento, que tivesse origem por occasião da Companhia, não se tirará, nem pagará della (4):

Assi como, se trazendo hum companheiro a seu cargo scravos da Companhia, fosse ferido por algum delles, por lhe querer tolher que nao fugisse; porque em tal caso o que gastar em se curar, não o haverá pela Companhia, mas ficará por sua conta e despeza particular (5).

TITULO XLV.

Do que dá herdade a parceiro de meias, ou á terço, ou quarto, ou a arrenda por certa quantidade (6).

Se alguma pessôa der a outrem sua vi-

---

(1) Outra he a doutrina do Cod. Com. no art. 338, onde se declara que em falta de contracto os lucros e perdas deverão se proporcionar ao capital de cada um dos socios.

Pelo que respeita ao socio de industria determina o art. 319 do dito Cod. que a sua quota de lucros deverá ser proporcional á do socio capitalista de menor entrada.

Entretanto, como bem observa T. de Freitas, o Cod. he omisso no caso em que a sociedade só tenha um capitalista. Neste caso a regra a observar-se no civil he a desta Ord.

O mesmo Jurista diz o seguinte em nota ao art. 756 da *Consol.*:

« Farei uma observação importante. Não ha *sociedade de capital e industria* no sentido especial desta denominação, só pelo facto de haver um ou mais socios de *industria*, e outro ou outros socios *capitalistas*.

« A sociedade póde ser em nome collectivo ainda que algum dos socios seja de industria, como dá claro o entender o Cod. Com. no art. 318.

« Não havendo firma social, o socio de industria he um gerente, caixeiro ou administrador. He um locador de serviços, que em vez de receber um salario certo, tem só direito á uma retribuição eventual, á uma quota dos lucros, se lucros houverem. »

Vide Ferreira Borges—*Jurisp.* § 71.

(2) Vide Ferreira Borges—*Jurisp.* §§ 37, 61 e 62, e notas.

(3) Este contracto he chamado *leonino*, bem entendido referindo-se aos socios capitalistas, por isso que em relação ao de industria, não tem cabimento, por quanto no caso de perda, este não está obrigado a compô-la aos credores.

A presente Ord. está de harmonia com o Cod. Com. art. 288, e D. n. 2711—de 19 de Dezembro de 1860 no art. 43.

Consulte-se tambem Ferreira Borges—*Jurisp.* artigo preliminar, §§ 7 e 62.

(4) Vide L. pr. e § 2 ff. *pro socio*, Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 535, e to. 4 nota (*c*) e (*d*) á pag. 679, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 20, e Almeida e Souza—*Obrig.* pag. 496, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 n. 1089, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ* § 868.

(5) T. de Freitas na *Consol.* art. 754 nota (5) diz o seguinte:

« As disposições destes arts. do Cod. Com. 329, 346 e 349, assim como os dos arts. 292, 321, 323 e 350 sobre credores da sociedade em concurso com os credores particulares de cada um dos socios, são inteiramente applicaveis ás sociedades civis.

« Ha porém esta differença, quando as sociedades civis não são em nome collectivo, ou os socios não estipularão responsabilidade solidaria para com terceiros, cada um dos socios só fica obrigado por sua *parte viril* e não pelo pagamento de toda a divida. Isto quer dizer que o pagamento de cada uma das dividas divide-se pelos socios em partes iguaes—*pro numero virorum* (D. n. 725—de 1850, nos arts. 492 § 8, 497, 488, 499, 522 § 10, 530 § 6 e 531 § 1).

Consulte-se tambem Ferreira Borges—*Jurisp.* § 177 e notas.

(1) Vide nota ao § 11 seguinte e Ferreira Borges—*Jurisp* § 105 e nota.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag 535, e to. 4 nota (*a*) á pag. 680, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 20, Almeida e Sousa—*Seg. Lin.* to. 3 pag. 82, e *Obrig.* pag. 496, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 866.

(3) Vide Ferreira Borges—*Jurisp.* § 177 e nota.

(4) Ferreira Borges na *Jurisp.* § 105 nota, acha inconciliavel esta disposição com a do § 10 que começa da *mesma maneira*, e mostra que os compiladores Portuguezes seguirão aqui a opinião do Jurisconsulto Labeon, chefe da escola dos Proculeanos, que sustentavão o principio de que estas despesas não tinhão tido lugar por negocios da sociedade, que disso apenas havia sido a causa occasional.

A opinião contraria era defendida pelo Jurisconsulto Juliano, da escola dos Sabinianos.

Os Codigos da Prussia, e o civil da França no art. 1852 seguirão a ultima opinião, mais rasoavel e mais justa.

Lima no *com.* ao § 10 n. 2, e á este § n. 3 e 4, explica a doutrina á maneira de Labeon: eis suas palavras:

« Quibus non obstantibus, *vera est nostra assertio*: quia aliud est damnum contingens in rebus ad societatem spectantibus, seu *causa societatis*, et aliud est damnum contingens *origine societatis*; ita ut prætium sit solvendum *de communi*, ut disponit *text.* in § 10 hujus tituli; secundum, cum sit factum extra societatem non est de illa solvendum, ut *text.* hic. »

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 536, e to. 4 nota (*b*) a pag. 680, e Almeida e Sousa—*Obrig.* pag. 496.

(6) « A *parceria* ou *contracto de parceria* he, diz Ferreira Borges *Jurisp.* § 39, huma associação, mas não huma sociedade.

nha, ou herdade a lavrar de meias, terço, ou quarto, ou como se concertarem (1), per tempo certo, que seja menos de dez annos (2), e durando o dito tempo, se finar algum delles, o que vivo ficar, e os herdeiros do defunto não sejam obrigados a manter e cumprir o contracto (3); porque o contracto feito em esta fórma segue a natureza e qualidade do contracto da parceria, e assi deve ser julgado de hum, como do outro (4).

M.—liv. 4 t. 60 pr.

1. Porém, se ao tempo da morte de cada huma das partes principaes o Lavrador tivesse já a herdade lavrada, a vinha podada, ou feita alguma outra obra de adubio (1), passará o contracto aos herdeiros por esse anno (2).

E assi elles, como a outra parte, que ficar viva, serão obrigados a o manter por esse anno sómente, que já era começado de adubar, e mais não.

M.—liv. 4 t. 60 § 1.

2. E quando o senhor da vinha, ou herdade a déssse de meias, terço ou quarto per tempo de dez annos, ou mais, passará esse contracto aos herdeiros (3); porque tal contracto assi feito não segue a natureza e condição do contracto da parceria, mas passa em outra specie de contracto (4).

M.—liv. 4 t. 60 § 2.

3. E em todo o caso, onde o senhor da vinha, ou herdade a dér de renda por certa quantidade de pão, vinho, azeite, ou dinheiro, per muito, ou pouco tempo, sempre o contracto passa aos herdeiros, porque he contracto de arrendamento diverso do contracto da parceria (5), e portanto deve per outra maneira ser julgado.

M.—liv. 4 t. 60 § 3.

4. E mandamos que todos os Lavradores, que trouxerem herdades de parceria a meias, a terço, ou quarto, ou a certa outra quóta, não tirem, nem levantem o pão da eira (6), até o primeiro fazerem saber ao Senhorio, ou a quem seu carrego tiver no lugar, ou termo (7).

E não sendo ahi, o tirem, e meçam perante duas testemunhas sem suspeita.

E tirando-o de outra maneira, a terra será estimada per dous, ou trez homens bons juramentados, e do que estimarem que a terra poderia dar, pagarão a parte, que

---

Os parceiros são *compartes*, ou co-interessados, mas não socios. »

« O uzo, diz o mesmo Jurista, tem muitas vezes confundido o nome *Parceria* ou *Parçaria*, como antes disserão, com *sociedade* Porém em rigor de direito he contracto diverso. A mesma Ord. do liv. 3 t. 59 § 13 parece toma-la por synonimo de sociedade, em quanto que a do liv. 4 t. 45 a extrema devidamente.

« A parceria pois não he sociedade propriamente dita; por que nella se não dá em parte o que perfaz a essencia e naturesa deste contracto.

Continuando diz :

« Os *parceiros*, são *associados*, *co-proprietarios*, *co-interessados*, *quinhoeiros*, *compartes*, mas elles não são socios, i. e., não tem direitos tão amplos como os socios, nem conseguintemente obrigações identicas as suas.

« Estas associações, ou parcerias tem precipuamente lugar acerca de cousas maritimas; e se he absolutamente necessario confundi-las com sociedades, chamão-se-lhe então *sociedades maritimas*, e deem-se-lhe attribuições, que distingão o seu genero. Parece nos comtudo que o nome *parceria maritima* concorre sobejamente para a desejada classificação. »

A parceria maritima he entre nós regulada pelo Cod. Com do art. 485 usque 495.

Vide Barbosa *com.*, Valasco—de *Jur. Emphy* qu. 30 n. 5, Ferreira Borges—*Dicc Jur. Com.*, art. *Parceria e Parceiro*, Pereira e Sousa—*Dicc. Jur.* art. *Parceria*, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* de § 846 a 849.

Sobretudo consulte-se Almeida e Sousa no *Fascic.* to. 2 *Diss.* 7, importante commentario desta Ord. quanto a *Colonias parciarias*, assim como quanto ás maritimas he Ferreira Borges na *Jurisprudencia do contracto mercantil de Sociedade* do § 34 usque 46.

Existe tambem outra especie de parceria de gados e animaes, a que os Franceses chamão *Cheptel* (Codigo Civil art. 1800 e seguintes), contracto entre nós sem uzo, em vista da Ord. deste liv. t. 69.

Vide Corrêa Telles—*Dig Port.* to 3 de n. 1123 a 1137, Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 2 *Diss.* 7 § 4, Guerreiro—*Trat.* 2 liv. 7 cap 14 do 39 em diante, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 849.

(1) Este contracto se chama de *arrendamento de parceria*.

O arrendatario quando toma conta de alguma herdade ou fazenda chama-se *colono parciario*.

Acerca deste contracto não temos outra lei alem da presente Ord. o D. n. 1915—de 25 de Março de 1857 no art. 23 § 2 n. 4, e Av. n. 340—de 26 de Setembro do mesmo anno no cap. 6 do art. 16 a 31, sobre a parceria com os Colonos engajados para o Brazil.

(2) Passando dessa epocha o contracto toma o nome prazo (Ord. Aff. liv. 4 t. 76, e Pereira e Sousa—*Dic. Jurid.* art. *Parceria*).

(3) A rasão desta lei, diz T. de Freitas he que o *arrendamento de parceria* participa da naturesa do contracto de sociedade, o que confere com o § 4 da Ord. deste liv. t. 44.

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 222, nota (*a*) a pag. 625, e nota (*b*) a pag. 634, Mello Freire—*Inst* liv. 4 t. 3 § 20 nota, Almeida e Sousa—*Dir. Emphy.* to. 1 pag. 74, *Dir. Dom.* pag. 53, e *Fascic.* to. 2 pag. 118 e 250.

(1) *Adubio* Vide nota (8) á Ord. deste liv. t. 43 § 8

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.* Silva Pereira—*Rep das Ords.* to 1 nota (*a*) a pag. 635, Mello Freire—*Inst* liv. 3 t 7 § 7, e Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 2 pag. 251 e 253.

(3) T. de Freitas na nota ao art. 653 da *Consol.* exprime-se desta sorte :

« O § 2 desta Ord. liv. 4 t. 45 está duplicadamente revogado.

« Pela L de 4 de Julho de 1776, por que os arrendamentos ou aforamentos de terras não incultas reputão-se *meras locações*, que pelas regras destes contratos devem ser julgadas

« Pelo Al. de 3 de Novembro de 1757, por que arrendamentos de mais de dez annos não são aforamentos. »

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords* to. 1 nota (*d*) á pag. 225, e nota (*b*) á pag. 635, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 7 § 7, t. 11 § 7 nota, e liv. 4 t. 3 § 19, Almeida e Souza — *Execuç.* pag. 306, *Dir Emph.* to. 2 pag. 75, *Dir Dom.* pag. 53, *Fascic.* to. 2 pag. 220, e *Aval.* 71.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep das Ords.* to. 1 nota (*c*) á pag. 635, e Almeida e Souza—*Execuç.* pag. 306, e *Aval.* pag. 71.

(6) *O pão da eira.* O trigo em grão exposto na eira.

(7) Esta disposição tinha somente applicação em Portugal. Mas nas Provincias do Imperio onde se cultiva o trigo pode ser executada a presente Ord.

haviam de dar, em dobro, para o Senhorio ou para o qne lhe deu a terra a lavrar, sem mais por isso lhe ser dada outra pena alguma crime, nem civel (1).

M.—liv. 4 t. 60 § 4.

TITULO XLVI.

Como o marido e mulher são meeiros em seus bens (2).

Todos os casamentos feitos em nossos Reinos e senhorios se entendem serem feitos por Carta de ametade (3) : salvo quando entre as partes outra cousa fôr acordada (4) e contractada (1), porque então se guardará o que entre elles fôr contractado (2).

M.—liv. 4 t. 7 pr.

1. E quando o marido e mulher forem casados, por palavras de presente á porta da Igreja (3), ou por licença do Prelado fóra

---

(1) Vide Ord. do liv. 2 t. 33 § 3, Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 636, Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 439. *Dir. Emph.* to. 1 pag. 451, e to 3 pag. 184, *Morgados* pag. 53, e *Fascic.* to. 2 pag. 234 e 236.

(2) Vide sobre esta Ord. além do D. de 3 de Novembro de 1827, as L. de 6 de Outubro de 1784, e n. 1 144—de 11 de Setembro de 1861, e D. n. 3 069—de 17 de Abril de 1863, nos *additamentos* á este liv.

Consulte-se tambem Barbosa no *com.*, Gama—*Dec.* 187, 314 e 358, Valasco—*Cons.* 163 e 105, *de Part.* cap. 6, Cabedo—p. 1 *Dec* 150. Guerreiro—*de Division* liv. 6 e 7, Borges Carneiro—*Dir Civ.* liv. 1 t. 13 de § 127 em diante, e Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 1 t 8 de pag 372 usque 410.

(3) *Carta de ametade* Tambem se diz *communião ou communicação legal* O Legislador usa de igual sorte das expressões casamento *segundo o costume do Reino*, e *em que os conjuges são meeiros.*

Consulte-se em Lima *com*, as limitações á esta regra, assim como em Silva Pereira—*Rep das Ords.* to, 3 nota (*a*) á pag 426.

Ali leem-se as seguintes notas do Dez. João Alvares da Costa acerca dos bens da mulher publica, que se casa, ou da mulher casada, que se prostitue, ignorando o marido ; assim como dos bens da quinquagenaria, sem filhos :

« *Nota* : que na causa de Diogo Nunes contra o Conde de S. Lourenço, Martim Affonso de Mello, como testamenteiro de Izabel de Andrade a Marceneira, mulher que foi *publica*, se julgou que havia communicação dos bens adquiridos illicitamente—*per turpem quæstum*.

Quanto a quinquagenaria sem filhos :

« *Nota* : não tendo filhos, não tem lugar esta lei (Barbosa *hic.* n. 5, Gama—*Dec.* 320, Cabedo—*Dec.* 114) se julgou nas partilhas de D. Francisca de Mello, viuva do Dezembargador Manoel Bicudo com seus enteados. »

Consulte-se tambem sobre esta materia Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 241 e nota M, que he um esboço historico do *regimen dos bens matrimoniaes* em Portugal, interessante e digno de estudo.

T. de Freitas na nota ao art. 111 da *Consol.* diz o seguinte :

« Quando o regimen do casamento he o da communhão em todos os bens, os conjuges estão em sociedade *universal* de bens presentes e futuros (Borges Carneire—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 127 n. 4).

« Não resulta porém communhão de bens no casamento do homem livre com mulher escrava, ou com homem escravo com mulher livre (*Rep. das Ords.* to. 3 pag. 427).

« Posto que o regimen do casamento seja o da communhão de bens, he livre á qualquer pessoa doar ou deixar bens ao marido ou á mulher com a clausula de não se communicarem ; mesmo de não serem administrados pelo marido, como reconhece o art. 784 n. 6 do Cod do Com. »

(4) Outr'ora estes contractos podião-se fazer por escripto particular (Ord. do liv. 3 t. 59 § 11 e 21), cujas disposições forão derogadas pela L. de 6 de Outubro de 1784 § 1, cuja doutrina se acha reforçada com a da L. n. 1237—de 24 de Setembro de 1864 no art. 3 § 9.

Vide nos *additamentos* á este liv. a L. de 6 de Outubro de 1784, e a nota (5) ao § 21 do tit. 59 da Ord. do liv. 3.

T. de Freitas na *Consol.* art. 76 nota diz o seguinte :

« Escripturas de *esponsaes* simplesmente não se usão entre nós ; ellas se fazem por occasião dos pactos matrimoniaes, quando os contrahentes por qualquer modo exceptuão ou declarão o regimen da communhão legal.

« A antiga Res de 21 de Julho de 1536 (*Col.* de Duarte Nunes de Leão pag. 700) exigia escriptura publica, marcando uma taxa mui diminuta. »

Pelo D. n 681—de 10 de Julho de 1850 art. 7 § 3 as escripturas antenupciaes, e de dote e arrhas, estão sujeitas ao sello proporcional ; disposição integralmente reproduzida no D. n 2713—de 26 de Dezembro de 1860 art 6 n. 3.

« Della resulta, diz ainda T. de Freitas, que as escripturas antenupciaes sem excepção alguma, ainda que não sejão de dote e arrhas, pagão sello proporcional : mas como cumprir tal disposição quando as escripturas tiverem por objecto simplesmente a promessa do casamento ? Em tal caso o objecto do contracto não he apreciavel em dinheiro, e por tanto resiste á applicação das leis do sello proporcional »

(1) Nada se havendo contractado, ou contractando-se o casamento por carta de metade o regimen do casamento he identico.

Se se contracta separação total de bens, differente he o regimen, assim como se se contractasse fixando dote para com um dos conjuges. Differe esse regimen do outro, sómente por que no *dotal*, os bens adquirem certos privilegios que não competem aos outros.

Tambem se pode estipular separação parcial de bens, e neste caso o regimen tornava-se mixto ; e os bens ficão sujeitos aos respectivos contractos.

Consulte-se T. de Freitas—*Consol.* art. 88 e notas, e Monte—*Dir. Eccl.* t. 9 do § 871 á 899, maxime o § 882.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 53, Phœbo — *Dec.* 115 n. 6, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t 7 § 6, t. 8 § 3 e 8, t. 9 § 2 nota, 7, 22, 25 e 28, Almeida e Sousa—*Execuç.* pag. 144, *Fascic.* to. 1 pag. 3, to. 3 pag. 18 e 30, *Seg. Lin* to. 1 pag. 595, *Notas á Mello* to. 2 pag. 309, 333, 338, 382, 509 e 516, to. 3 pag. 288, e to. 4 pag 399.

Consulte-se tambem Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 de n. 78 á 264, *Doutr. das Acç* § 227, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 255, Llz Teixeira *Dir Civ.* to 1 da pag 411 á 474, Loureiro—*Inst.* do *Dir Civ Braz.* extrahidos de P J. de Mello Freire de § 125 á 153, e *Dir Civ. Bras* do § 148 á 108, T. de Freitas *Consol.* art. 89, 94, 111, 122, 123, 417 § 1, 586 4, 622, 783 § 1, 1176, 1201, 1270 § 8 e 21, e Rebouças—*Obs.* nos arts. 94, 586, 1270 § 8, etc.

(3) *Por palavras de presente á porta da Igreja.* Na Ord. do liv 3 t 25 § 5 o Legislador usa da expressão á *face da Igreja.*

Esta doutrina se acha de conformidade com o Direito Canonico, e Concilio Tridentino Sess. 24 *de Reformatione* cap. 1, e *Constituição do Arcebispado* liv. 1 t. 68 n. 293, que assim s'exprime :

« Conforme no decreto do Sagrado Concilio Tridentino, para valer o matrimonio, se requer, que se celebre em presença do Parocho, ou de outro sacerdote de licença sua, ou do Ordinario, e em presença de duas, ou trez testemunhas. E as pessôas que de outra forma quiserem casar, são pelo mesmo Concilio havidos por inhabeis para assim contrahirem, e os taes contractos julgados, e declarados por *nullos e de nenhum vigor.*

« E declaramos que para este effeito se entenda por proprio Parocho o de qualquer dos contrahentes, *posto que não seja sacerdote.* Porem o que assistir *de licença sua ou nossa*, deve ser sacerdote, e a assistencia que fiser, deve ser moral e humanamente, de modo que elle e as testemunhas entendão o mutuo consentimento

della (1), havendo cópula carnal (2), serão meeiros em seus bens e fazenda. E posto que elles queiram provar, e provem que foram recebidos por palavras de presente, e que tiveram cópula (1), se não provarem que foram recebidos á porta da Igreja ou fóra della, com licença do Prelado (2), não serão meeiros (3).

M.—liv. 2 t. 47 § 1.

---

dos contrahentes, em forma que com certesa testifiquem delle, para o que se requer tenha uso de rasão, e entendão o acto a que assistem. »

Vide Monte—*Dir Eccles* § 908, 909, e 9 0.

Alem do Concilio Tridentino e Constituição do Ascebispado, existe ainda o D. de 3 de Novembro de 1827, e o Av de 25 de Julho de 1828, que se lerá nos *Additamentos* á este liv.

A prova destes casamentos se faz por meio de certidões extrahidas dos livros de assentos Ecclesiasticos (*Constituição do Arcebispado* liv. 1 t. 73 § 318 e 319, DD. de 13 Junho de 1832, e n. 18—de de 11 Julho de 1838, alem das Ords. do liv. 3 t. 25 § 5, e liv. 5 t. 38 § 4).

O D. n. 18—de 11 de Julho de 1838, posto que destinado á Côrte do Imperio, tem geralmente tido execução : eis os seus termos :

« Art. unico. Os Parochos. e Curas d'almas das Freguezias do Municipio da Côrte passarão certidões de baptismos, casamentos, obitos, e outras proprias do seu officio, *independentemente* de despacho de authoridade Ecclesiastica. »

Tambem se póde provar o casamento por qualquer instrumento publico (Ord. do liv 3 t. 25 § 5), como justificações no Juizo Ecclesiastico a fim de se abrir o respectivo assento, ou por se ter perdido o livro dos registros, ou supprindo a omissão dos Parochos

(1) *Ou por licença do Prelado fora della*. Está de acordo com as Ords. do liv. 2 t. 35 § 12, liv. 3 t. 25 § 5, e liv. 5 t. 19 § 2 e t. 38 § 4.

Vide nota (2) ao § 12 da Ord. do liv 2 t. 35.

(2) *Havendo copula carnal*. A falta de cópula torna o casamento simplesmente *rato*, e não *consummado*.

A prova deste facto faz-se por meio de testemunhas (T. de Freitas—*Consol*. art. 100 nota (3) e art. 369 § 11 nota (4)

Consulte-se tambem Pegas—*Forens*. cap. 8 de n. 29 em diante, Arouca—*All* 78 n. 15, e Silva Pereira—*Rep das Ords*. to. 1 nota (*d*) á pag. 646, e to. 3 nota (*a*) á pag. 428.

E bastará a cópula anterior ao casamento ?

Esta questão he mui debatida entre os Jurisconsultos.

Sustentão a negativa fundados na letra desta Ord., Pedro Barbosa—in rub ff *de soluto matrimonio* p. 2 n. 107, Caldas—*Recept. sentent*. liv. 1 qu. 17 n. 11, Fragoso—*de Regim. Reip* p. 3 disp. 5 § 4 n. 54, Barbosa, e Lima nos *com*, Silva Pereira—*Rep. das Ords*. to. 3 nota (*a*) á pag 428 e nota (*a*) á pag 602, posto que pareça seguir o contrario, Mello Freire—*Inst*. liv 2 t. 8 § 4 nota, Corrêa Telles—*Dig. Port*. to. 2 n. 267, Borges Carneiro—*Dir. Civ*. liv. 1 t. 13 § 127 n. 14, e Liz Teixeira—*Dir. Civ*. to. 1 pag. 382.

A affirmativa he mantida por Gama—Dec. 124, Guerreiro—de *Division*. liv. 6 cap. 1 n. 100, Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 n. 4 á á pag 315.

Coelho da Rocha no *Dir. Civ*. § 242 scholio diz o seguinte :

« A circumstancia da cópula, exigida no Direito Canonico, o qual, só depois de consummada, julga o matrimonio inteiramente irrevogavel (*Can*. 17 *Caus*. 27 qu 2); necessaria tambem para a communião ; e que na pratica póde dar occasião á questões vergonhosas e impossiveis de terminar ; não appareceu no Cod. Civ. Francez, nem nos outros, que o tomarão por modelo.

« Por este motivo he mais debatido entre os nossos Jurisconsultos a questão : se da cópula *anterior* com a concubina, que foi recebida á hora da morte, resulta a communião dos bens, no supposto de não ter havido cópula posterior á celebração do casamento ? Mello, e o autor do *Dig. Port*. cingidos á letra da Ord. seguem a negativa O contrario segue Lobão nas *Notas á Mello* fundado no favor das leis para com taes matrimonios na analogia da legitimação dos filhos, e na praxe attestada por Gama e por Guerreiro. »

T. de Freitas na *Consol*. art. 117 nota diz o seguinte :

« He necessario o matrimonio *consummado* para a communicação dos bens, entretanto que basta o matrimonio *iniciado* para o marido não poder alienar bens de raiz

« Não bastará a cópula anterior? Esta questão he mui interessante para regular os effeitos dos casamentos *in extremis*, e argumenta-se por analogia com a legitimação da prole pelo subsequente matrimonio nos termos da Ord do livro 2 t 35 § 12. »

A cópula ant s do casamento não vale, e nem mesmo e ratifica (Van-Espen—*Jur. Eccl*. e *G. dos Tribunaes* n. 97).

Aqui temos portanto a questão da legitimação dos filho por subsequente matrimonio, á que tem dado lugar a Ord. do liv. 2 t 35 § 12, e de que trataremos em nota á Ord. deste liv. t. 96 pr.

(1) Esta disposição se acha de accordo com a reforma do Concilio Tridentino, condemnando os casamento *clandestinos*, cujos males sentião-se em toda Christandade.

Convém não confundir o casamento *clandestino* com o de *consciencia*, em que ha suppressão de banhos, mas não dispensão as outras formalidades do Concilio : são somente em casos mui especiaes permittidos (*Const do Arceb*. liv. 1 t. 66 n 281 e Monte—*Dir. Eccl* § 892 e 893.

Vide sobre tudo a Constit. 35 do Papa Bento XIV de 17 de Novembro de 1741.

Entretanto os casamentos *clandestinos* não acabarão logo em Portugal, foi necessario o emprego de medidas rigorosas para extermina-los. Em Carta Regia de 10 de Junho de 1615, relata-se o seguinte :

« Porquanto a *frequencia* com que, de alguns annos á esta parte, se celebrão entre a gente nobre casamentos clandestinos, *por procurações*, pede que se trate do remedio que se poderá dar para que não passem adiante, atalhando os inconvenientes que delles resultão, vos encommendo ordeneis que, com toda a attenção que a materia requer, se veja no Dezembargo do Paço que lei se poderá fazer, em favor do Decreto do Concilio, que prohibe semelhantes casamentos, para que os que por alguma via obrarem contra elle, sejão castigados com taes penas, que não passe adiante introducção tão prejudicial, e do que parecer, se faça consulta, que me enviareis. *Christovão Soares*.

Esta providencia tomou-se no reinado de D. João IV pela L de 13 de Novembro de 1651.

Declarou-se caso de devassa, em que podia accusar qualquer do povo, podendo por essa causa desherdarem os pais aos filhos.

D. Manoel já em sua L. de 14 de Julho de 1499 havia condemnado estes casamentos, mas sem fructo.

O nosso Codigo Criminal tambem condemna taes casamentos impondo penas aos transgressores nos arts. 247 e 248

Vide T. de Freitas—*Consol* arts. 97 e 98 e notas respectivas, Rebouças—*Obs*. nota ao art. 97.

Almeida e Sousa nas *Notas a Mello* to. 2, pag. 185, n. 3 trata da questão—*se os filhos ante-nascidos se legitimão por este casamento, ou se sómente os que nascerão na constancia do matrimonio ?*

A Ord do liv. 2 t. 35 § 12, a deste §, a do liv 3 t. 25 § 8, e liv. 5 tit. 38 § 4 não supportão a affirmativa.

Todavia este Jurisconsulto apoiando-se em Guerreiro — de *Division*. liv. 1 cap. 4 n. 8, e outros Jurisconsultos, procura defender sua doutrina com argumentos, que não deixão de ter merecimento.

(2) Estas disposições regem sómente os casamentos dos Catholicos, depois da L. n. 1144—de 11 de Setembro de 1861, e D. n. 3069—de 17 de Abril de 1863 que concedem effeitos civis aos dos cidadãos que não seguem a religião do Estado.

Vide nos *additamentos* á este liv. estes actos.

Ha mesmo nos casamentos catholicos limitações á esta regra, como a da Ord. deste liv. t. 105, e nos casamentos de pessoas livres com escravas.

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com*., Silva Pereira—*Rep. das Ords*. to. 1 nota (*c*) á pag 364, nota (*b*) á pag. 367, nota (*d*) á pag. 646, e to. 3 nota (*a*) á pag. 428, e nota (*a*) a pag. 602, Themudo—p. 2 Dec. 137 usque 141, Pereira de Castro—Dec. 53, Mello

2. Outrosim serão meeiros, provando que estiveram em casa teúda e manteúda (1), ou em casa de seu pai, ou em outra (2), em publica voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, que, segundo Direito, baste que para presumir Matrimonio antre elles (1), posto se se não provem as palavras de presente (2).

M.—liv. 2 t. 47 § 1 e 2.

Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 2 nota, e t. 8 § 4, Almeida e Sousa—*Execuç.* pag. 144, *Fascic.* to. 1 pag. 43. *Seg. Lin* p. 1 pag. 595, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 185, 311, 313, 338, 364 e 384, Corrêa Telles—*Interp.* § 62, *Dig. Port.* to 2 de n. 337 a 374, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t 11 e 13, Coelho da Rocha—*Dir. Civ* § 240 e 222, Loureiro—*Dir. Civ. Bras.* § 56, Monte—*Dir. Eccl.* t. 10 cap. 4.

(1) *Teúda* e *manteúda*, i. e., mantida á sua custa. Expressão antiquada, e que o Codigo Criminal reproduzio no art. 251.

(2) *Em casa de seu pai ou em outra.*
Desta especie de casamentos nos dá noticia Viterbo no *Elucidario* na palavra *Marido conuçudo* (conhecido), o que bem mostra que ainda no tempo do Rey D Manoel, de cujas Ordenações se extrahio esta disposição, ainda de todo se não havia desarraigado os costumes adquiridos no dominio dos Musulmanos.

Eis como Viterbo os descreve :

« *Marido conuzudo.* Marido publico, e que todos reconhecem como tal, mas não recebido á face da Igreja, e cujo contracto matrimonial não foi santificado com *a bencão do Sacerdote.*

« Para instrucção dos menos versados em os costumes dos nossos maiores, se ha de notar, que de trez modos erão os seus contractos matrimoniaes :

« O 1.º era consagrado *pela benção do sacerdote*, em face da Igreja, com as solemnidades, que os seus rituaes determinavão : aquelle contracto assim celebrado com a benção e palavras do sacerdote, e *verdadeiramente Sacramento*, se chama aqui com toda a propriedade *casar.*

« O 2.º consistia meramente no *contracto matrimonial*, que se fazia publico, e notorio assim aos parentes, como aos visinhos, mas sem lhes accrescentarem a *benção sacerdotal*, nem repetirem na face da Igreja, a determinação livre de viverem n'uma sociedade honesta, e inseparavel, quanto era de sua natureza.

« Este contracto se fazia entre consortes, e entre seus pais, ou parentes, e aqui se declara pela phrase de *marido conuzudo*

« Do nome que tinhão das mães os filhos, que destes matrimonios nascião, e do modo com que podião succeder na herança de seus pais, vide—*Avoenga e Concubina.*

« O 3.º finalmente consistia no contracto de um matrimonio *segundo o direito natural*, que só pendia da vontade séria, e livre dos mesmos contrahentes, sem que alguem soubesse, ou ao menos fosse publica a sua determinação e vontade.

« Estes vivião maridalmente, mas sem o favor das leis que não approvávão estes occultos remedios da incontinencia, ou da paixão, nem concedião communidade nos bens, nem herança aos filhos, que destes particulares ajuntamentos procedião.

« Entre as pessoas mais distinctas, nobres, talvez Reaes, se acharão estes matrimonios ; que aqui se oppoem ao *marido conuzudo*, pois nelles se occultava o marido, e só por acaso se vinha a conhecer.

« Estes erão os casamentos celebrados como dizião á *morganheira*, ou *morganica*, e á que Benedicto XIV prescreveu saudaveis condições, e regras, com que podessem ser levados á *verdadeiros sacramentos*, occorrendo aos muitos inconvenientes á que estavão expostos. »

A estas fontes de casamentos de deploravel recordação forão os partidistas do *casamento civil* demandar apoio para suas doutrinas. Eis como o *historiador* Alexandre Herculano se exprime em uma carta ao Dr. Abel Maria Jordão de Paiva Manso :

« A Commissão não creou o casamento civil, que era a unica solução nacional da difficuldade em que se achava. Não carecia disso. Subministrava-lh'o, senão a praxe moderna, seguramente a legislação da Monarchia absoluta. A Ord. do liv. 4 t. 46 § 2, tinha-o legitimado, tinha-o consagrado, tinha derivado delle consequencias civis. »

Eis como se aprecião os factos, e como se escreve a historia.

(1) *Presumir matrimonio antre elles.*
Por esta disposição o casamento *presumido* tinha todos os effeitos civis ; mas era uma disposição morta, e que nunca vigorou entre nós, e nem podia vigorar depois da reforma do Concilio Tridentino ; maxime sabendo-se que o casamento clandestino não os tinha, e aliás em melhores condições que este *presumido* casamento, que era um verdadeiro concubinato.

Cumpre notar que sobre o casamento *putativo* ha controversia (Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 254) posto que a affirmativa seja mais seguida.

Vide tambem—Mello Freire — *Inst.* liv. 2 t. 8 § 5, Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 11 § 113, Corrêa Telles—*Dig. Port* to 2 de n 331 a 335, Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 59, e 74 da segunda edição, Silva Pereira—*Rep das Ord* to. 2 nota *(c)* á pag. 890, e Liz Teixeira — *Dir Civ* to 1 pag. 384 § 5.

Foi um desses descuidos dos compiladores destas Ordenações, que os Praxistas como Solano (*Cogitationes* 48), e Almeida e Sousa (*Notas á Mello* to. 2, pag. 185, n. 4, 238 n. 2, e 314 n. 2) demonstrarão.

Eis como se exprime o ultimo Jurista :

« Porém deve advertir-se que esta Ord. foi compilada da Manuelina liv. 2 t. 47 § 1 e 2, no tempo da qual ainda não havia o Concilio de Trento, e se admittião provas presumptivas do matrimonio pelos modos que admittia o dito § 2 da Manuelina, e depois admittio a Philippina, como se póde vêr em Begnudel —verbo—*matrimonium*, etc.

« Mas como hoje depois do recebimento do Concilio Tridentino, já não póde haver matrimonios *presumidos*, parece que não forão bem advertidos os Philippistas, quando compilarão o § 2, como já adverti no t. 5 § 10 n. 4 ; e que hoje para o fim da communicação dos bens não pode admittir-se outra prova do matrimonio que não seja mostrando-se por certidão do Parocho, que o matrimonio foi contrahido validamente com as solemnidades do Concilio.

« Porque não se provando assim contrahido, não pode dizer-se *valido*, e como nullo não pode produzir effeito ; e fica nos termos de hum *concubinato*, que não basta para haver communicação de bens, a menos que não seja *facticia.* »

T de Freitas na *Consol.* art. 100 nota (3), diz o seguinte :

« Os Praxistas notão judiciosamente que essa prova testemunhal de *cohabitação e fama de casados* não pode ser admittida depois da acceitação do Concilio Tridentino.

« Foi uma inadvertencia dos Compiladores da Ord. Philippina, que taes disposições transcreverão da Manoelina promulgada antes do Concilio. O facto da cohabitação indicará um *concubinato* ou *matrimonio clandestino*; mas não matrimonio solemne ou legal. »

E na nota (2) ao art. 118 diz :

« Ja disse que depois da aceitação do Concilio Tridentino não podem haver esses *matrimonios presumidos*. Deu-se effeitos civeis á ajuntamentos reprovados, a casamentos de *feito* ; não de *direito*, na phrase da Ord. do liv. 5 t. 26 Desta Ord. infere-se que o matrimonio *putativo* produz os mesmos effeitos do matrimonio *valido.* »

(2) Vide Ord do liv. 5 t. 26 pr. e § 1, Barbosa, e Lima nos respectivos com., Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to 3 nota *(b)* a pag 428 e nota (c) a pag. 890, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 2 nota, Almeida e Sousa—*Execuç.* pag. 160, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 288 e 313.

3. E acontecendo, que o marido ou a mulher venhão a ser condenados por crime de heresia, porque seus bens sejam confiscados, queremos que communiquem entre si todos os bens, que tiverem ao tempo do contracto do Matrimonio, e todos os mais que depois adquirirem, como se ambos fossem Catholicos. O que assim havemos por bem, por se escusarem conluios e falsidades, que se poderiam commetter sobre a prova dos bens, que cada hum delles comsigo trouxe (1).

TITULO XLVII.

Das arras (2), *e camera cerrada* (3).

Quando alguns casam, não pelo costume e Lei do Reino, porque o marido e mulher

---

(1) Esta Ord. não tem hoje vigor.

Não só não existe mais crime de heresia, como nem a pena de confiscação de bens.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 489, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 8 § 17, e Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 2 pag. 328.

(2) *Arras e Camara cerrada.*

Arras ou *arrhas*, segundo o Direito Romano, era certa quantia, ou bens que o noivo, por contracto dotal, promettia á esposa para seu sustento e tratamento, se ella lhe sobrevivesse. Tambem significa o signal, ou penhor de execução de algum contracto.

Segundo o mesmo Direito as arrhas perdião-se para a noiva se o noivo faltava ao promettido, e a noiva ou seu pai as restituião em dobro, se a culpa fosse da parte da noiva.

Entre nós, diz Pereira e Souza *Dicc. Jur.* verbo—*Arrhas*, são as arrhas a somma do dinheiro, que o esposo dá a esposa, em segurança do dote, e se assemelha ás doações *propter nuptias* dos Romanos.

Pela presente Ord as *arrhas* não podem exeeder a terça parte do dote. E he um direito co-relativo, visto como tambem pode ser dado pelas noivas aos noivos.

Consulte-se sobre esta materia a Ord. Affonsina liv. 2 t. 28 §§ 34, 43, 49, 50 e 51, e liv. 4 t 12 § 4, e as LL. de 17 de Agosto de 1761, de 4 de Fevereiro de 1755, e de 17 de Julho de 1778, que se podem ver nos *additamentos* á este liv.

Viterbo no *Elucidario* arts. *Arrhas*, e *Compra do corpo* traduz a primeira pela segunda, ainda que mais abaixo faça a distincção das duas instituições, por isso que segundo o Direito Wisigothico a compra do corpo da mulher correspondia ao *dos* ou dote dos Romanos, e as arrhas constituião um presente que o noivo fazia á noiva correspondente ao que os povos da Germania chamavão *morgengabe*, como mais abaixo se dirá tratando-se da *Camara cerrada*

Viterbo explica com exemplos o que diz acima da *compra do corpo* da mulher correspondente á *coemptio* dos Romanos, e ao *mundium* dos povos da Germania, que emigrando para differentes partes da Europa, explicavão-o cada um por uma expressão peculiar.

Os Lombardos chamavão o *mundium* (preço da mulher), *metha*, e *quartisio*; os Borguinhões *prœtium nuptiale*; os Wisigodos *dos et arrhœ*, os Irlandezes *Mundi* e os Anglosaxonios *Ceap*, *Scact* e *Gift*.

Vide o mesmo Viterbo—*Eluc.* na palavra—*Marido conuzudo*, no fim; assim como Carvalho — *de Testamentis* p. 4 cap. 1 n. 58.

(3) *Camara cerrada.* A Ord. Manoelina diz *çarrada*. Viterbo no *Elucidario* exprime-se por esta fórma:

« Dizem que *prometter camara cerrada* he prometter uma certa quantidade de arrhas. Porém se nós attendermos á origem da *Camara*, e a desta palavra *çarrada* será facil o persuadir-nos que *prometter camara çarrada*, he prometter tudo o que he preciso para ornar e paramentar dignamente o quarto ou casa de uma senhora nobre, distincta e honrada, sem faltar cousa alguma á precisão, decencia, e costume.

Mais adiante diz o mesmo Viterbo na palavra *Porta çarrada* o seguinte:

« *Porta çarrada.* He o mesmo que *Camara çarrada*, ou *sarrada*. Prometter *porta* ou *camara carrada* nada mais era, que deixar, dar ou doar tudo o que se achasse de portas a dentro, sem exceptuar cousa alguma por mais rica, ou preciosa que fosse, e sem dar partilhas á outra qualquer pessôa, nem se poder contender sobre isto com a viuva ou cabeça do casal.

« Esta quantia incerta, e que talvez excedia muito o terço dos bens do doante, ou defuuto, he o que hoje prohibe a Ord do liv 4 t. 47 pr. »

E com este proposito cita o mesmo Viterbo trechos de alguns antigos documentos.

Pegas no seu tratado de *Majoratu* cap. 1 n. 23 manifesta a sua ignorancia sobre a significação da palavra — *Camara cerrada* não tendo encontrado nos authores que antes delle escreverão nenhuma noticia a semelhante respeito, e dá de tal expressão a mesma idéa que Viterbo; definindo a *camara cerrada*, a doação feita pelo marido de todos e quaesquer bens, que na casa se encontrassem, servindo-se das palavras — *que elle doou ou deixou tudo á portas fechadas.*

Mas sobre a origem de uma tal instituição, e da propria expressão — *Camara cerrada*, nenhum author antigo explica; devemos porém ás investigações do distincto Jurisconsulto o Dr. Levy Maria Jordão, uma *Memoria* em que parece tirar a limpo esta questão por meio de conjecturas e apreciações, a nosso vêr, satisfactorias.

Assim elle mostra por differentes raciocinios e apreciações como esta instituição corresponde ao *Morgengabe* dos antigos Germanos, que era o *matutinum donum pro bono mane* que o marido no dia immediato ás nupcias dava á noiva *donsella, tanquam prœtium delibatœ pudicitiœ*

Este dom ou mimo não tinha a *viuva*, posto que na Suissa (Altorf) tambem lh'o davão sob o nome ironico de *Abendgabe* (dadiva da tarde) e o de *Lippeding*.

Tratando do casamento do Imperador Frederico III de Allemanha com a Infanta Portugueza D Leonor em 1452, mostra o mesmo Jurista pela carta do Embaixador Portuguez D. Lopo de Almeida, ao Rey D. Affonso V, irmão da Infanta, que a instituição era usada em Portugal sob o nome de *Camara*. Eis a palavra da carta:

« Ha segunda-feira depois da Missa, foi o Emperador á Camera da dita Senhora, onde ella já estava desde ante manham, e ahi lhe deo *a renda da Camara* conteúda no contracto. »

O que ainda reforça com o seguinte trecho do contracto de casamento do mesmo Rey D. Affonso V com a Princeza D. Isabel de 6 de Maio de 1447, onde se diz:

« E querendo outro sim prover á ella dita Senhora Rainha acerca das terras e villas que as Rainhas destes Regnos nos tempos passados em elles costumarão aver por *Cameras*, por rasão de seus matrimonios, etc. »

Havendo tão grande analogia entre o *Morgengabe*, e a *Camara cerrada*, e tanto que o primeiro sendo como a segunda de quantidade incerta, posteriormente tornou-se de quantidade certa.

« No *Morgengabe*, diz o mesmo Jurista, vião os Germanos o *prœtium virginitatis* ou *pulchritudinis*: a mesma idéa symbolisavão a *Camara cerrada* e as arrhas, que se dizião dadas em premio da pudicicia ou virgindade perdida. »

E mais adiante:

« Mas conhecer o nome da instituição e o nome que a caracterisa sem descobrir a origem deste, deixaria incompleto o quadro que nos propozemos traçar: para isso nos dará ainda todo o auxilio a origem historica da instituição. »

Regeitando a conjectura de Pegas e de Viterbo á este respeito, diz:

« A verdadeira origem da *Camara cerrada* deve ir buscar-se á sua naturesa, identica a do *Morgengabe*, que era mera instituição inspirada mais pela satisfação dos sentidos (*pretium virginitatis*), do que nascida da generosidade da alma, e a que em França veio á corresponder o *Douaire*.

Essa naturesa tradusio-a a jurisprudencia allemã e francesa neste dictado tão vulgar nos antigos costumes da Normandia e da Bretanha:—*au coucher gagne femme son douaire : femme gagne son douaire à mettre son pied au lit.*

« Em povos da raça germanica ou por ella influencia-

são meeiros; mas per contracto de dote (1) e arras (2), mandâmos, que pessoa alguma, de qualquer stado e condição que seja, não possa prometter, nem doar á sua mulher, camera cerrada (3), e promettendo-lh'a, tal promessa, ou doação não valha.

Mas poderá cada hum em o contracto dotal (4) prometter e dar á sua mulher a quantia ou quantidade certa, que quizer, ou certos bens, assi como de raiz, ou certa cousa de sua fazenda, comtanto que não passe o tal promettimento, ou doação de arras da terça parte do que a mulher trouxer em seu dote (5). E se mais fòr promettido do que montar na terça parte do dote (1), não valerá o tal promettimento na demazia que mais fòr (2).

M.—liv. 4 t. 9 § 4.

1. E se o marido, que taes arras prometteu a sua mulher, tiver a esse tempo filho ou filhos legitimos, ou outros legitimos descendentes (3) de outra primeira mulher,

---

dos, era bem natural essa predominancia da sensação affectando a expressão do pensamento juridico, por que só entre elles se manifesta o symbolo com uma efflorescencia tão carecteristica. »

E continuando diz mais adiante:

« Como o *Morgengabe* representava o preço da virgindade, n'uma epocha toda symbolica, era mister exprimir a cohabitação por symbolos menos grosseiros que o facto.

« Os costumes portuguezes tradusirão a mesma idéa nas palavras *Camara cerrada*, indicando assim a doação que a mulher ganhava, em preço e remuneração da virgindade perdida, ao entrar na Camara nupcial (*au coucher...... à mettre son pied au lit*); e a nossa lingua prestou-se á isso tão facilmente, e por ventura com tanta conveniencia, que não seremos exagerados, applicando-lhe o que Ballanche disse de todas ellas em geral—« as linguas tem uma aptidão maravilhosa para exprimir a condição civil e moral dos povos; são uma especie de cosmogonia intellectual aonde se achão depositados os archivos do genero humano. »

Consulte-se esta interessante dissertação nas *Memorias da Academia Real de Sciencias de Lisboa* do anno de 1863 nova serie to. 2 p. 2.

Vide Barbosa *com.*, Gama—*Dec.* 370, Valasco—*Cons.* 2, Cabedo p. 1—*Dec.* 177 e 183.

(1) Vide nota (1) a Ord. deste liv. t. 46 pr., e T. de Freitas—*Consol.* arts. 76, 88 e 122, e Rebouças—*Obs.* nos arts. 76 e 88.

O Alv. de 14 de Agosto de 1645 determinou que os dotes não podessem exceder de doze mil crusados (4:000$000), hoje elevados á doze contos de réis pelo Al. de 16 de Setembro de 1814.

A carta d'El-Rey de 20 de Fevereiro de 1640 declarou, que se não obrigasse á pagar arrhas com bens da Corôa e Ordens; como já prescrevia a Ord. do liv 2 t. 35 § 20.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 445 traz uma nota do Dez. João Alvares da Costa, em que se diz que os bens de Morgado podem ser obrigados ao pagamento de arrhas.

(2) O Dr. Levy Maria Jordão na sua Memoria sobre a *Camara cerrada* § 3 nota o seguinte:

« Advertimos por esta occasião, que embora a instituição da *Camara cerrada* fosse depois substituida pelas *arrhas*, esta ultima expressão não he menos antiga no Reino, e apparece não raras vezes em diplomas do seculo XIII, e tal he a carta de meação e quitação de arrhas (*iáras*) do mez de Abril da era 1240 entre Pedro Fernandes e Froila Rodrigues, sua mulher transcripta por J. P. Ribeiro na p. 2 to. 3 das *Diss. Chronologicas* pag. 169. »

Consulte-se tambem Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 1 pag. 481 § 27.

(3) Vide nota (3) á rubrica.

(4) *Contracto dotal*, i. e., diz T. de Freitas, contracto antenupcial em que se estipula o *regimen dotal*.

Chama-se *dote* em geral tudo quanto a mulher traz para a sociedade conjugal, qualquer que seja o regimen do casamento; e por isso pode haver dote, sem que haja o regimen dotal.

(5) Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 2 art. 186 nota diz, que algumas vezes se dispensava esta lei havendo consulta do Desembargo do Paço.

Mas segundo Borges Carneiro—*Dir. Civ.* to. 2 liv. 1 t. 16 § 152 n. 11 nota (*a*), essas petições só se admittirão até a Resol. de 23 de Outubro de 1700.

A promessa de ambas não exige insinuação para a sua validade (Corrêa Telles—*Dig Port.* to. 2 n. 192, e Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 1 *Diss.* 3 § 28, e *Notas á Mello* liv. 2 t. 9 § 31 nota).

« Actualmente, diz T. de Freitas—*Consol.* art. 89 nota, esta prohibição de exceder a promessa ou doação de arrhas a terça parte do dote não merece attenção, não he observada. Todavia, como a Ord. do liv. 4 t. 47 está em vigor, releva ponderar que esta só procede quando a mulher tem dote, e o marido lhe promette ou dóa alguma cousa, não assim quando a mulher he dotada pelo marido, o que acontece todos os dias.

Não se reputa essa constituição do dote pelo marido como illegal, ainda que a mulher tenha alguma cousa de seu. »

Em outra nota deste art. diz, que entre nós a doação de arrhas *não está em uso.*

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*d*) a pag. 197, onde vem uma nota do Dez. Oliveira, e to. 3 nota (*a*) a pag. 445, e Ord. do liv. 5 t. 6 § 20.

(1) Alem do contracto dotal ha o pacto chamado *Dotalicio*, pelo qual se assignão á mulher certos bens, fructos, rendas, pensões ou mesadas para seus alfinetes, e principalmente para sua mais commoda e decente sustentação no estado vidual, se o marido fallecer primeiro.

Este pacto, diz Loureiro liv. 1 t. 8 § 153, he authorisado entre nós nos casamentos dos filhos das casas nobres, não só pela L. de 17 de Agosto de 1761, como na de 4 de Fevereiro de 1765, onde o *dotalicio* he significado pelos termos—*apanagios, alimentos, alfinetes* e mesadas. Estes apanagios só podião ser retirados, passando a viuva á segundas nupcias.

O D. de 17 de Julho de 1778 limitou a oito mil crusados o maximo das joias esponsalicias que o esposo ou seus pais podem dar a esposa.

Loureiro entende na nota ae § 153 citado ou § 173, que tendo a L. de 6 de Outubro de 1835 extincto os Morgados, capellas e quaesquer outros vinculos, que os *dotalicios* referindo-se aos casamentos das pessoas nobres, não tinhão mais uso entre nós, redusindo-se tudo a arrhas.

Com esta doutrina se acha de accordo T. de Freitas na *Consol.* art. 92 nota (1) em principio; dizendo que não tem hoje applicação os DD. de 17 de Agosto de 1761, e de 17 de Junho de 1778, assim como a L de 4 de Fevereiro de 1765, que tratão—*dos apanagios e alfinetes*.

Vide tambem Corrêa Telles — *Dig. Port.* to. 2 de n. 197 usque 206.

(2) Vide Ord. do liv. 3 t. 59 pr., e deste liv. t. 46 pr., t. 60 *in fine*, e t. 96 § 24, Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, maximo o segundo pelas ampliações e limitações que traz á esta Ord., Guerreiro—*de Division.* t. 7, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 notas (*a*) e (*b*) a pag. 213 e nota (*h*) a pag. 318, Pereira de Castro—*Dec.* 50, Phœbo—*Dec.* 105 n. 41 e, *Dec.* 114 n. 18 e 19, Mello Freire—*Inst.* liv 2 t. 8 § 9, t. 9 § 22, 29, 33 e 35 nota e § 36, Almeida e Sousa—*Execuc.* pag. 157 e 253, *Notas á Mello* to. 2 pag. 308, 309, 311, 388, 449, 521 e 530, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 255 á 261, Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 1 a pag. 413 á 501, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 de n. 78 usque 206, e Loureiro —*Dir. Civ. Braz.* liv. 1 t. 8.

(3) *Ou outros legitimos descendentes.*

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 214 traz a seguinte nota do Dez. Oliveira:

« *Quid si non descendentibus, sed ascendentes habeat?*

e fôr algum vivo ao tempo, que se as arras vencerem, não poderá a segunda mulher haver da fazenda do marido (no caso que deva haver as arras promettidas), mais que o que montar na terça parte dos bens, que ao tempo do contracto dotal forem do marido, que lhe prometteu as arras, posto que a quantia promettida por arras no contracto dotal seja maior, que o que se montar na terça do marido. Por quanto no que exceder a dita terça, queremos que tal promessa, e obrigação de arras não seja valiosa (1), nem haja effeito algum, porque nossa tenção he, que por tal obrigação de arras os ditos filhos não sejam defraudados em maneira alguma de suas legitimas (2).

M.—liv. 4 t. 9 § 4.

Vide Phœbo p. 1. *Dec.* 71 *ubi late*, Pereira de Castro—*Dec.* 100, Portugal — *de Donat* liv. 1 *prœlud.* 2 § 6 de n. 37; à quo tamen cavendum ex. n. 39 et seqq. defendere nititur arrhas in terminis hujus §, si maritus filios non habeat, sed postea suscipiat, deducendas esse ejus tertia, *quod est contra hoc textum ;* et ideo semel, atque iterum contra opinionem suam *judicatum vidi.* »

Com esta doutrina tambem concordão Lima no *com.* n. 3 e 4, e Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 16 § 152 n. 18 ; assim como Ag. Barbosa — *Castigationes* n. 180.

T. de Freitas na *Consol.* art. 92 nota (2) diz o seguinte :

« Procederá quando o promittente das arrhas só tiver filhos naturaes reconhecidos, e por tanto successiveis ?

A Ord. liv. 4 t 47 § 1 falla sómente de filhos *legitimos – descendentes legitimos*, e assim não póde ser ampliada á filhos *illegitimos*. Todavia eu distingo ; e entendo que a Ord. procede quando os filhos naturaes tem sido legalmente reconhecidos antes do casamento de um pai promittente ou doador de arrhas.

« Estas promessas e doações *inofficiosas* quando excedem a terça do promittente ou doador, attendendo-se porém ás forças do um patrimonio no tempo em que fez a promessa ou doação.

« Será extensiva a disposição da lei á toda e qualquer doação inofficiosa, isto he, offensiva das legitimas dos herdeiros necessarios do doador ?

« Entendo que não, posto que assim legislem muitos Codigos. Nossa legislação só prevenio este caso de doações *inofficiosas*, o do liv 4 t. 65 § 1 e 2 (*Consol.* arts. 139 e 142), e o da Ord. liv. 4 t. 97 § 2 (*Consol.* arts. 1197 á 1204).

Esta doutrina da *Consol.* está de accordo com a de Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 1 t. 9 § 30, a pag. 490.

Entretanto o Supremo Tribunal de Justiça em 5 de Março de 1830 decidio plenamente que esta Ord. sómente se entendia dos *filhos legitimos*, e não dos naturaes; na causa dos filhos naturaes Antonio da Cunha sua irmã com José Antonio Alves Viana.

(1) As arrhas não são obrigatorias se não ha dote (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 16 § 152 n. 19, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 282 nota).

He questão se a mulher enviuvando tem pleno dominio nas arrhas, ou somente o usufructo.

Almeida e Sousa (*Notas* á *Mello* liv. 2 t. 9 § 31 n. 2), e Coelho da Rocha (*Dir. Civ.* § 283) sustentão a affirmativa, que he com fundamento combatida por Mello Freire (*Inst.* liv. 2 t. 9 § 31), Borges Carneiro (*Dir. Civ.* liv. 1 t. 16 § 152 n. 23 em diante), Liz Teixeira (*Dir. Civ.* to. 1 pag. 451 § 31), Corrêa Telles (*Dig. Port.* to. 2 n. 196), e Loureiro (*Dir. Civ. Braz.* § 169 nota).

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 9 § 30 e 31, e Pereira de Castro —*Dec.* 48 e 50.

TITULO XLVIII.

Que o marido não possa vender, nem alhear bens sem outorga da mulher (1).

Mandamos, que o marido não possa vender, nem alhear (2) bens alguns de raiz sem procuração, ou expresso consentimento de sua mulher (3), nem bens, em que cada hum delles tenha o uso e fructo sómente (4), quer sejam casados por carta de metade, segundo costume do Reino, quer por dote e arras (5).

---

(1) Vide Ord. do liv. 3 t. 47, Barbosa *com.*, Gama — *Dec.* 37, Valasco—*Cons.* 77 n. 3, 83, 85 n. 6 e 150, e Almeida Sousa — *Casas* pag. 53 e 114.

(2) *Alhear bens de raiz.* Vide em Barbosa pr., e Lima *com.* as ampliações e limitações á esta Ord.

Desta Ord. e da deste liv. t. 94 deprehende-se que o marido pode alhear os bens moveis e semoventes sem dependencia do consentimento de sua mulher. A Ord. do t. 64 limita tão sómente o caso de doação dos moveis, salvo sendo remuneratorias.

Estando os bens sujeitos ao regimen *dotal*, outro he o direito.

As bemfeitorias feitas em bens de raiz, reputão-se bens moveis, e as embarcações tambem são como taes consideradas, não obstante fazer-se sua arrematação como se fossem de raiz.

Pelo contrario as Apolices da Divida Publica são equiparadas á bens de raiz.

Os bens desta ordem possuidos pelo marido em sociedade, não dependem para sua alheação do consentimento da mulher.

Vide T. de Freitas —*Consol.* art. 49, e 119.

(3) *Procuração* ou *expresso consentimento de sua mulher.*

Basta, diz T. de Freitas, a procuração—*fora de Notas*, que he o que está em uso.

Vide nota (2) á Ord. do liv. 3 t. 60 pr.

Quanto ao consentimento, eis o que diz T. de Freitas na nota ao art. 119 da *Consol.*

« Como a nullidade destas alienações sem a outorga da mulher he *relativa*, segue-se que ella ou seus herdeiros podem *confirmar* a alienação annullavel, e que só ella ou seus herdeiros podem annulla-la. Antes de a terem annullado, terceiros não podem allegar a nullidade. He o que resulta do § 3 da Ord. liv. 4 t. 48.

« A *confirmação* nestes casos deve ser *expressa* em vista da mesma Ord. *princ.* »

Passados dez annos depois da morte do marido, nem a mulher, nem seus herdeiros podem reclamar contra a alheação (Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* liv. 1 t. 7 § 126 n. 1 e 2).

Barbosa no *com.* n. 26 pensa diversamente.

Corrêa Telles na *Interp* § 22 diz o seguinte :

« Valerá a venda de bens de raiz sem consentimento expresso da mulher, presumido todavia por diuturnidade? Alguns affirmão, mas anniquilão a Ord. liv. 4 t. 48 pr., a qual requer consentimento expresso, e não admitte o presumido (Pereira de Castro — *Dec.* 123 n. 3). »

(4) Nem o marido pode repudiar herança ou legado de bens de raiz, sem permissão de sua mulher; por quanto por morte do testador passa logo a posse para os herdeiros em vista do que dispõe o Al. de 9 de Novembro de 1754, a menos que o testador lh'o authorisasse á fazê-lo (Silva Pereira—*Rep. das Ord.* to. 3 nota (*b*) a pag. 440).

(5) O Codigo do Commercio no art. 268 não permitte a alheação dos bens dotaes, ainda *consentindo a mulher*.

T. de Freitas na *Consol.* art. 122 diz o seguinte :

« Pela Ord. liv. 4 t. 48 pr. era ponto duvidoso, e deduzindo-se á *contrario sensu* a possibilidade da alienação do immovel *dotal* com consentimento da mulher, a hypotheca vinha a ser possivel.

« *Os bens dotaes são inalienaveis* : entenda-se *immoveis dotaes* quando não se dão *estimados* ao marido *causa venditionis*, como resulta do art. 123. Entenda-se tambem que são alienaveis só no *regimen dotal*, e não no regimen de simples separação de bens. Neste ultimo

O qual consentimento se não poderá provar, senão per scriptura publica (1); e fazendo-se o contrario (2), a venda, ou alheação seja nenhuma, e sem effeito algum.

E postoque se allegue, que a mulher consentio, e outorgou na venda, ou alheamento caladamente (3), tal outorga tacita não valha, nem seja alguem admittido a allegar, salvo allegando outorga expressa, e provando-a; porque muitas vezes as mulheres por medo (4), ou reverencia dos maridos deixam caladamente passar algumas cousas, não ousando de as contradizer por receio de alguns scandalos e perigos, que lhes poderiam vir.

Porém não tolhemos ao marido, que possa vender, ou renunciar qualquer Officio (1) que tiver, posto que a mulher não consinta (2).

M.—liv. 4 t. 6 pr.

1. E vendendo, ou alheando o marido alguns bens de raiz sem expressa outorga de sua mulher, posto que para firmeza da venda, ou alheamento dê fiadores (3), ou penhores, ou prometta alguma pena, todo será nenhum, e de nenhum vigor. E obrigando-se o marido a trazer outorga de sua mulher a certo tempo, e sob certa pena, não pagará a pena, nem incorrerá nella, posto que a não traga, porque de outra maneira esta Lei seria defraudada, porque tanto dano receberia a mulher, pagando-se a pena, como valendo a venda feita sem seu consentimento.

M.—liv. 4 t. 6. § 1.

2. E querendo a mulher revogar a venda, ou alheação de alguma possessão, ou bens de raiz, que por o marido fosse feita sem seu expresso consentimento (4), podel-os-ha demandar em Juizo, e cobrar essa possessão, ou bens, havendo auctoridade do marido para os poder demandar. E não lhe querendo o marido para isto dar seu consentimento, haja Carta nossa (5), porque possa fazer a demanda, e revogar a venda, ou

---

regimen os immoveis dotaes podem ser alienados pela mulher com outorga do marido.

« Deve-se entender estipulado o regimen dotal, quando nas escripturas se disser que os bens da mulher serão considerados como *dotaes*, ou ficarão gosando dos privilegios dos bens dotaes, ou que não poderão ser alienados. »

Os immoveis dotaes, assim como não podem ser alienados pelo marido, tambem não podem ser hypothecados (L. n. 1237—de 24 de Setembro de 1864).

Vide Ord. deste liv. t. 46 e 47, e Al. de 30 de Outubro de 1793.

(1) *Escriptura publica.* Vide nota (3) supra.

Silva Pereira no *Rep.* to. 3 nota (*b*) a pag. 441 traz a seguinte nota do Dez. Oliveira, mostrando que por decreto ou provisão do soberano, podia-se provar a outorga da mulher por testemunhas, caso que se deu em 1678.

Vide tambem Pereira de Castro—*Dec.* 123.

Fóra da taxa da Ord. do liv. 3 t. 59 pode-se provar o consentimento da mulher até pelo seu proprio juramento; mas esta opinião não nos parece segura, em vista das palavras desta Ord.—*se não poderá provar* (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. t. 13 § 120 n. 23 e 24 e nota).

Entretanto ella tem em seu apoio Pereira de Castro—*Dec.* 123 n. 7, e Corrêa Telles—*Interp.* 66, e *Dig. Port.* to. 2 n. 397.

Eis como s'expressa Corrêa Telles:

« Se uma venda he tão insignificante, que não carece de escriptura para sua prova, tambem sem escriptura pode provar-se o consentimento da mulher vendedòra, não obstante a letra da Ord liv. 4 t. 48 pr.; por que esta lei não tem em vista coarctar a liberdade das convenções, nem tão pouco restringir a Ord. do liv. 3 t. 59 (Vide Pereira de Castro—*Dec.* 123 n. 7). »

Mas esta doutrina foi repellida pelo Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 5 de Agosto de 1831 nos autos entre partes Anna Aurelia de Jesus, e Antonio Francisco Pereira, *Escrivão* Assis; visto como não permittio que o consentimento se provasse sem escriptura publica, embora a mulher estivesse divorciada de seu marido com separação de bens por escriptura particular.

(2) *Fazendo-se o contrario.* Assim se acha com emenda em manuscripto na edição de 1603 por letra, ao que parece, de Damião de Aguiar, um dos fiscaes da impressão, em exemplar conferido e concertado por Jorge de Cabedo. A edição nona de Coimbra e as Vicentinas dizem — *fazendo o contrario.*

Vimos tambem um exemplar de 1603 assignado pelos Fiscaes da impressão Jorge de Cabedo e Diogo da Fonseca, como o da edição de Coimbra.

(3) *Caladamente.* Vide Corrêa Telles — *Interp.* § 22 na nota (2) supra.

(4) A mulher ou seus herdeiros podem rescindir o contracto até pelo mêdo presumido.

Mas se a mulher sem razão se recusa a dar o seu consentimento, o marido pode obtê-lo do Juiz (Barbosa *com.* n. 24 e Corrêa Telles — *Dig. Port.* to. 2 n. 403).

(1) Desta excepção se deduz que os Officios erão contemplados bens de raiz, por isso que delles se percebia fructos e rendimentos.

Barbosa no *com.* n. 28 diz—que he indispensavel para a renuncia previo consentimento do Governo, em vista da Ord. do liv 1 t. 95.

E em taes condições o Governo não deverá dar sem ouvir a mulher (Silva Pereira—*Rep. das Ord.* to. 3 nota (*a*) á pag. 443).

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 123, nota (*a*) a pag. 290, to. 2 nota (*d*) a pag. 197, to. 3 nota (*a*) a pag. 440, nota (*a*) a pag. 443, Pereira de Castro—*Dec.* 30, 49, 55, 64, 77, 114, 123 e 125, Phœbo—*Dec.* 120 n. 25 e 26, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 7 § 4, t. 8 § 18, t. 9 § 14 nota, § 15 e 16, e liv. 4 t. 6 § 12 nota, Almeida Sousa—*Aguas* pag. 4, *Execuç.* pag 145 e 162, *Fascic.* to. 1 pag. 86 to 2 pag. 138, *Seg. Lin.* to. 3 pag. 154, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 309, 311, 385, 409, 413, 417, 426, 430, 458, 474, e 476; Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 tit 12 § 120, e tit. 15 § 145, Coelho da Rocha *Dir. Civ.* § 231, 232, 233 e 234, Corrêa Telles—*Dig Port.* to. 2 de n. 375 a 426, Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to 1 pag 407, 409 e 430, e Loureiro — *Dir. Civ. Braz.* § 124, 125, 145, 156 e 147.

(3) Vide Ord. do liv. 1 t 3 § 7, e liv. 3 t. 9 § 4 e t. 43, e deste liv. t. 60; Pegas—*com* ao Reg. do Desembargo do Paço § 13 e 93, e Pereira de Castro—*Dec.* 64, Barbosa, e Lima nos respectivos *com.* to. 2 nota (*b*) a pag 432, Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 444, Mello Freire — *Inst.* liv. 4 t. 1 § 5, e Almeida Sousa—*Seg Lin.* to. 3 pag 342.

(4) Segundo Almeida e Sousa — *Notas á Mello* to. 2 pag. 492 e 430, presume-se este consentimento, passando dez annos sem usar-se da acção. No que tambem concorda Corrêa Telles — *Dig. Port.* to. 2 n. 396 e 397.

Mas esta opinião como já mostramos na nota (1) ao pr. não pode ser acceita.

(5) Este caso se acha previnido na L. de 22 de Setembro de 1828 art. 2 § 1 n. 5.

Pelo D. n. 200—de 19 de Julho de 1854, os Alvarás de supprimento destas licenças pagão tão somente sello fixo.

Vide Ord. do liv. 3 t. 47 § 5 *in fine*, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 10 n. 24 nota.

alheação sem auctoridade do marido. A qual Carta mandamos que lhe seja dada, salvo sendo ella tão desasizada, que se podesse mover a isso sem justa razão, nem soubesse governar a demanda. A qual auctoridade lhe poderão isso mesmo (1) dar os Juizes do lugar onde forem moradores, pela maneira que dito temos no terceiro Livro, no Titulo 47: *Que o marido não possa litigar em Juizo sobre bens de raiz, etc.* (2).

M.—liv. 4 t. 6 § 2.

3. E se o marido, ou seus herdeiros isso mesmo (3) per si, quizerem demandar a cousa, ou bens a si vendidos por a venda ser nenhuma, podel-o-ha fazer, havendo consentimento de sua mulher para a demanda (4), porque não lhe dando consentimento, não a poderá elle per si desfazer, salvo se ella fosse morta, porque então será necessario consentimento dos herdeiros da mulher (5), porque nelles stá approvar o contracto se quizerem, por nelles passar o direito, que a mulher tinha para fazer tal demanda: portanto o marido só sem consentimento da mulher, ou de seus herdeiros, não poderá fazer a dita demanda (6).

M.—liv. 4 t. 6 § 3.

4. E em todo caso, onde a mulher demandar a cousa vendida por seu marido, ou o marido fizer a demanda com consentimento da mulher, se o comprador requerer que lhe torne ella o preço que deu por a cousa, mandamos, que se o preço que o marido recebeu, fôr convertido em proveito della (1), assi como delle, ou por qualquer maneira ella houver communicação do preço, a cousa assi vendida não lhe seja entregue, salvo tornando ella o preço que por a cousa foi dado, ainda que o comprador fosse sabedor que o vendedor era casado ao tempo da venda. Porque não seria cousa razoada, ter ella o proveito do preço, e levar a cousa inteiramente sem a pagar (2).

M.—liv. 4 t. 6 § 4.

5. E se ella não tiver proveito do preço, não será obrigada a o tornar, e a cousa lhe será todavia entregue. Porém, se o comprador não soube, nem teve justa razão para saber, que ao tempo da venda o vendedor era casado, poderá pedir ao vendedor o preço, que deu pola cousa comprada. E não tendo por onde pague, seja preso (3), até que pague sem dano da mulher, por a malicia, que commetteu, vendendo cousa de raiz sem consentimento della, sendo porém em todo caso a cousa entregue á mulher (4).

M.—liv. 4 t. 6 § 5.

6. E no caso, onde o comprador ao tempo da venda soube, ou teve justa razão para saber (5), que o vendedor era casado, e não

---

(1) Vide nota (3) á Ord. do liv. 1 t. 10 § 1.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Guerreiro—*de Division.* liv. 6 cap. 2 n. 102, Reynoso— *Obs.* 28 n 7, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 443, Mello Freire—*Inst* liv. 2 t. 7 § 3 nota, t. 8 § 18, e Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 1 pag. 120, e *Notas á Mello* to. 2 pag 176, 439 e 444.

(3) Vide nota (3) á Ord. do liv. 1 t. 10 § 1.

(4) T. de Freitas na *Consol.* art. 128 diz o seguinte:

« Os moveis do casal não podem ser alienados pelo marido que he executado por credores, quando a alienação der causa á que os immoveis sejão penhorados em prejuizo da mulher. »

E em nota ao mesmo art.:

« Ord. do liv. 3 t. 86 § 13. Esta disposição *não se observa*, e fôra um grande mal se a mulher podesse annullar alienações que o marido fizesse de bens moveis por titulo oneroso. »

Parece-nos que neste caso a observancia da lei, não teria grande inconveniente.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) a pag. 124.

Cumpre notar que o marido poderá intentar a demanda:

1.º Se a venda fosse feita em hasta publica sem a citação da mulher (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 442, e nota do Dez. João Alvares da Costa).

2.º Se os bens forem *dotaes*, por isso que não podem ser alienados por um ou por outro (Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to 3 nota (*c*) á pag. 447).

3.º Se o marido fôr herdeiro da mulher (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*d*) á pag. 648).

(5) Este consentimento da mulher ou dos seus herdeiros não póde ser supprido pelo Juizo, como póde ser o do marido, segundo o § supra. Entretanto Lima no *com.* n. 3, e Pheb. p. 2. *Ar.* 62 sustentão o contrario.

Se o marido asseverar no contracto, que era solteiro, então nem com consentimento da mulher poderá resilir o contracto, o que só he permittido á propria mulher.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*d*) á pag. 648, e to. 3 nota (*b*) á pag. 442.

(6) Vide Ord. do liv. 3 t. 47 p., Barbosa, e Lima nos respectivos *com*, Mello Freire—*Inst* liv. 2 t. 9 § 16 nota, liv. 3 t. 7 § 7, e Almeida e Souza—*Execuç.* pag. 150, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 376 e 415.

(1) *Se o preço........ fôr convertido em proveito della.* Isto não se presume, deve ser allegado e provado por quem interessar (Pereira de Castro— Dec. 125 n. 3, Macedo—Dec. 24, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag 449).

(2) Vide Barbosa, e Lima nas respectivos *com.*, e Mello Freire — *Inst.* liv. 1 t. 8 § 7.

(3) Esta disposição está de accordo com a Ord. deste liv. t. 76 § 1, mas, ficára sem vigor depois da L. de 20 de Junho de 1774 § 19, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno,

Havendo artificio fraudulento, diz T. de Freitas na *Consol* art. 579 nota, se o marido se fingio solteiro, terá lugar a acção criminal com o fundamento do art. 261 § 4 do Codigo Penal. »

Parece-nos que esta Ord. não foi revogada pela L. e Ass. supracitados, porque o marido nestes casos, nunca se póde presumir ter obrado sem dolo ou malicia.

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira —*Rep das Ords.* t. 3 nota (*a*) á pag. 450.

(5) Vide os §§ 4 e 5 supra.

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 231 scholio diz o seguinte:

« Ainda que a hypotheca seja uma especie de alienação, e por tanto nulla a dos bens de raiz, feita pelo marido sem consentimento de sua mulher; comtudo, se ella foi feita para segurança dos contractos, que o marido podia licitamente fazer sem a mulher, ou dos que podia resultar lucro ao casal, *reputa-se* valida; e por ella vão os credores fazer execução nos bens hypothecados. Não assim, se o contracto he tal, que delle nunca póde resultar proveito, *como nas fianças*. Moraes — de *Executionibus* liv. 6 cap. 8 n. 60, Lobão cit. n. 29. »

Neste caso he obrigado á restituir a cousa comprada com os rendimentos liquidos como se vê deste §.

A menos que a condição das pessoas, e outras conjecturas não authorisem a crêr o contrario (Silva Pereira —*Rep. das Ord.* to. 3 nota (*b*) á pag. 450).

lhe pedio outorga da mulher para a venda, não lhe poderá pedir o preço, que lhe deu por a cousa comprada, mas perdel-o-ha, pois comprou a cousa de raiz sem outorga da mulher do que sabia ser casado, e tornar-lhe-ha ainda os fructos, que houve dessa cousa no tempo, que a teve depois da compra feita, tirados os custos (1), que se fizerem por razão dos fructos (2).

M.—liv. 4 t. 6 § 6.

7. E querendo o comprador cobrar algumas bemfeitorias necessarias, ou proveitosas (3), que fez na cousa comprada no tempo, que esteve em posse della, será obrigado compensar os fructos (4), que houve dellas em todo caso, aindaque os recebesse antes da lide contestada sobre a dita cousa (5).

M.—liv. 4 t. 6 § 7.

8. E o que dissemos nas alheações dos bens de raiz (6), haverá tambem lugar nos bens emprazados (1),[1] ou arrendados, se o arrendamento fôr de dez annos, e dahi para cima, e nos outros casos declarados no terceiro Livro, no Titulo 47 : *Que o marido não possa litigar em Juizo, etc.* (2).

M.—liv. 4 t. 6 § 9.

9. E tudo o que dito he, haverá lugar assi em as alheações, que forem feitas per o marido sem expresso consentimento da mulher antes do Matrimonio ser entre elles per cópula carnal consummado (3), como nas que depois de ser consummado forem feitas (4).

M.—liv. 4 t. 67 § 10.

TITULO XLIX.

Que nenhum Official da Justiça, ou Fazenda, receba deposito algum (5)

Defendemos a todos os Corregedores,

---

(1) *Tirados os custos.*
Por este principio se vê que o procurador de má fé tem jus as despesas feitas em pró da cousa possuida, salvo se foi previamente intimado para não fase-las (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) a pag. 601).
Vide tambem Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 2 t. 7 § 35.

(2) *Fructos.* Devem ser liquidos, e dos já percebidos, e não dos que se perderão (*percipiendi*).
Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 3 § 9 nota, e Almeida e Sousa—*Proc. Execut.* to. 1 pag. 223, *Seg. Lin.* to. 3 pag. 71.

(3) Vide Ord. do liv. 3 t. 86 § 5, e deste liv. t. 54 § 1, e t. 95 § 1.
As bemfeitorias, alem das necessarias e proveitosas, ha ainda as de mero luxo, voluptuosas, que convem apreciar e distinguir (Corrêa Telles—*Doutr. das Acç.* § 72).
Segundo Lima *com.* n. 8, 9 e 10 he questão entre os Praxistas se as bemfeitorias devem ser avaliadas conforme o estado presente do objecto melhorado, ou do passado.

(4) Vide Ord. do liv. 3 t. 66 § 1, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 153, e nota (*a*) a pag. 272, e to. 2 nota (*a*) a pag. 602.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t 6 § 10, e Almeida e Sousa—*Execuç.* pag. 233, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 151.

(6) T. de Freitas na *Consol.* art. 120, declarando que o marido não pode hypothecar bens de raiz sem consentimento da mulher diz em nota o seguinte :
« Cod. *Com.* art. 267. A hypotheca he um principio de alienação. Esta disposição foi enxertada no Cod. Com para supprir a lacuna da legislação civil ; se bem que na praxe nunca houve duvida á tal respeito. Só pode hypothecar quem pode alhear—L. de 24 de Setembro de 1864 art. 2 § 4. »
E em nota ao art. 1281 diz o seguinte :
« A novissima Lei hypothecaria deixou intacta a disposição acima consolidada, ou antes a fortalece, disendo em geral no art. 2 § 4 que só póde hypothecar quem póde alhear. Se o marido não póde alhear os immoveis communs do casal sem outorga da mulher, segue-se pois que sem outorga della não os póde hypothecar.
«Falha entretanto esta regra no caso do art. 781 *supra*, porquanto as mulheres podem alhear seus immoveis, mas não podem hypotheca-los por obrigações alheias.
« Isto pode ter lugar (Rebouças — *Obs.* á esta nota) á respeito da hypotheca mercantil de que trata o mesmo Cod., e não em geral á respeito das hypothecas, vista a Ord. liv. 4 t. 48 pr., e § 8, segundo a qual a outorga da mulher he necessaria, ainda que no immovel ella tenha sómente o usufructo, e seja o casamento por dote e arrhas. »
« A Ord. liv. 4 t. 48 não falla de hypothecas. Nos bens em que o marido só tem usufructo, a mulher tambem he meeira.
« Quando o regimen do casamento he o de separação de bens, nada mais justo do que poder o marido alienar livremente seus bens que não se communicarão a mulher. »
Vide Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 120 n. 33 nota.
E pelo que respeita aos bens de raiz que fiserem parte do dote, i. e., com regimen dotal, estes não podem ser vendidos nem ainda com permissão da mulher, salvo se forem dos dotes *estimados*, por que em taes condições esses bens reputão-se vendidos ao marido *causa venditionis* (L. de 20 de Junho de 1774 § 40, e T. de Freitas—*Consol.* arts. 119 e 120 e notas respectivas, e Rebouças—*Obs.* ao art. 120).
Consulte-se ainda os arts. 121 e 122 da *Consol.* e notas respectivas.
A subrogação dos bens dotaes por outros pode-se faser com licença do Juiz, pagando o imposto do § 44 da Tabella da L. n. 243—de 1841 (Reg. do Desembargo do Paço § 40, e L. de 22 de Setembro de 1828 art. 2 § 1).

[1] (1) T. de Freitas na *Consol.* em nota ao art. 120 exprime-se por fórma :
« Aforar he transferir o dominio util, e como produzião o mesmo effeito os arrendamentos de dez e mais annos, a Ord. os contempla. O Alv. de 3 de Novembro de 1757 desvaneceu esta equipollencia, »
Por esta lei ficou estabelecido que os aforamentos que não fossem perpetuos, ou por trez vidas, erão meras locações.
Vide nota (4) á Ord. deste liv. t. 37 pr., e Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*d*) á pag. 225, e to. 3 nota (*a*) a pag. 453.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire — *Inst.* liv. 3 t. 1 § 10, e t. 11 § 4 nota, Almeida e Souza — Dir. *Emphy.* to. 1 pag. 75, to. 2 pag. 75, *Notas á Mello* to. 2 pag. 415, to. 3 pag. 459, *Fascic.* to. 2 pag. 101 e 130, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 8 39 e scholio.

(3) Vide nota (2) á Ord. deste liv. t. 46 § 1.
Para este effeito a mulher he reputada esposa (*uxor*) por esta Ord. (Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) e pag. 451), e Corrêa Telles—*Interp.* § 62).
Consulte-se ainda Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 12 n. 17 e 18.

(4) A menos que não tenha havido separação de bens por causa do divorcio.
Vide Lima no *com.*, e Almeida e Souza — *Notas á Mello* to. 2 pag. 372.

(5) Sobre os depositos consulte-se as Ords. do liv. 1 t. 28 e notas respectivas, e t. 62 § 26, liv. 2 t. 52 § 7, liv. 3 t. 25 pr. *in fine*, t. 59 pr., e t. 86 § 3 e 15, e deste liv. t. 76 § 5, e t. 78 § 1, e L. de 20 de Junho de 1774 § 15.
O Av. n. 213—de 20 de Maio de 1865 declarou, que he manifestamente abusiva a pratica de se fazerem de-

Juizes, Meirinhos, Alcaides, Tabelliães, Scrivães de nossos Reinos, e a todos os Officiaes da Justiça e da Fazenda e da Governança das Cidades e Villas, de qualquer qualidade que sejam, postoque de maior condição que os sobreditos, que não recebam per si, nem per outrem, nem per modo algum hajam á sua mão, ou poder, dinheiro, nem outra cousa, que per seu mandado, ou de outro qualquer Official se houver de consignar, ou depositar (1). E fazendo o contrario, sejam privados dos Officios (2); e nunca mais os hajam, e paguem em dobro outro tanto, quanto receberem, ametade para quem os accusar, e a outra para nossa Camera, e sejam degradados hum anno para Africa (3).

M—liv. 4 t. 34 § 4, e liv. 1 t. 60 § 54.

1. E porque algumas vezes os Corregedores e Juizes, ou outros Officiaes mandam consignar dinheiro (1), ou outra cousa em mão de algum homem bom (2), e depois lho pedem emprestado, ou per outro algum modo, de maneira que o preço, ou cousa depositada, que não podiam receber em consignação, vem-no depois a receber da mão daquelle, a que foi entregue, como a homem bom, e o convertem em seus proprios usos: querendo Nós a isto prover, mandamos, que em este caso esse homem bom (3), em cuja mão foi consignado o preço, ou qualquer outra cousa, não se possa escusar, por dizer que o entregou ao tal Juiz, Corregedor, ou Official, mas seja obrigado a responder por elle, e entregal-o a quem com direito deva ser entregue. E não o entregando do dia, que lhe fòr mandado, a nove dias, seja preso (4),

---

positos judiciaes de moveis, joias de ouro, prata, diamantes, titulos de divida fóra dos cofres do Deposito Publico, de conformidade com o Av. n. 6 — de 15 de Janeiro de 1846.

Vide sobre esta Ord. Cardoso—*in Praxi* verbo—*Depositum*, Almeida e Sousa — *Notas a Mello* to 2 pag. 426, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 de §§ 715 á 727, assim como de n. 676 á 714, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* de § 782 á 891, T. de Freitas—*Consol.* art. 430 á 455, e Ramos—*Apont.* de n. 508 á 640.

(1) *Consignar* ou *depositar*.

« A palavra *deposito*, diz Coelho da Rocha, toma-se umas vezes na significação de contracto; e outras *objectivamente* pela cousa depositada.

« Ainda que uma pessoa prometta guardar a cousa de outrem; em quanto a não recebeu, *não ha deposito*, mas sim outra especie de contracto. »

No § 783 diz:

« O *deposito* propriamente dito, he o contracto, pelo qual uma pessôa dá á guardar uma cousa movel á outra, que se obriga á restituil-a, quando pelo deponente lhe fôr pedida. »

O deposito pode ser voluntario, ou necessario. O segundo resulta algumas vezes dos casos de incendio, roubo, naufragio, ou qualquer accidente extraordinario, e tambem se julga tal em relação aos effeitos dos passageiros ou hospedes, que se acolhem as hospedarias, etc.

Vide T. de Freitas—*Consol.* art. 430 nota (1), importante, e que convém consultar.

Se o deposito he de cousa litigiosa, chama-se *sequestro*. He o deposito *judicial*, mas o nome de *sequestro* se applica de ordinario aos depositos de *bens de raiz*.

Tambem o sequestro póde ser voluntario, quando os litigantes concordão no deposito, e na pessoa do depositario, ou *ex-officio*.

Vide Caminha—*de Libellis* ann. 12 n. 2 e 11.

(2) A menos que o que recebeu deposito, não escreva ou não sirva no feito, e não consintão as partes (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 798, e nota do Dez. João Alvares da Costa).

Tambem soffre limitação esta Ord. no caso da Ord. do liv. 3 t. 22 pr. *in fine* (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 37).

(3) As penas desta Ord. forão substituidas pelas do Codigo Criminal art. 146, que assim dispõe:

« Art. 146. Haver para si directa ou indirectamente, ou por algum acto simulado, em todo, ou em parte, propriedade, ou effeito, em cuja administração, disposição, ou guarda deva intervir em razão de officio; ou entrar em alguma especulação de lucro ou interesse relativamente á dita propriedade ou effeito.

« *Penas*—de perda do emprego, prisão por dous mezes a quatro annos, e de multa de cinco a vinte por cento da importancia da propriedade, effeito, ou interesse da negociação.

« Em todo o caso a acquisição será nulla. »

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Phebo—*Dec.* 89, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 144.

(1) A prova dos depositos de joias, dinheiro, e papeis de credito faz-se pelos *Conhecimentos* das Repartições Fiscaes (D. n. 131—do 1º de Dezembro de 1845 art. 7).

Os depositos particulares excedendo da taxa legal não podem provar-se senão por escriptura publica (Ord. do liv. 3 t. 59 pr).

Consulte-se tambem quanto á depositos de dinheiro os Avs. n. 60—de 5 de Março de 1849, e n. 263—de 30 de Outubro de 1851.

Os depositarios particulares de dinheiros da Fazenda pagão juros (Av. n. 221—de 28 de Agosto de 1851).

Sobre estes Depositarios no caso de não haverem publicos (Av n. 162—de 11 de Novembro de 1847), deve-se attender á vontade das partes, homologada pelo Juiz (D. de 17 de Julho de 1778, Avs. de 14 de Junho de 1839, n. 60—de 5 de Março de 1849, e *add.* —de 6 de Novembro de 1850)

«Já a antiga Port. de 14 de Novembro de 1650, diz T. de Freitas, mandava que os Officiaes de Justiça podessem deixar os bens em deposito particular, *não sendo dinheiro* ou peças de ouro e prata. »

O mesmo Jurista na nota (2) ao art. 448 tratando dos autos de penhora, etc, exprimiu-se por esta fórma:

« Ord. do liv. 1 t. 24 § 21. Ahi se diz—*e não as querendo assignar, serão de nenhum effeito*; entretanto que com esta Ord. se autorisa a pratica, que foi adoptada pelo art. 511 § 3 do Reg. Com. de 25 de Novembro de 1850, de fazer *assignar* os depositos por duas testemunhas, sem assignatura daquelle que os Officiaes querem que seja depositario. O deposito he um contracto, e semelhante pratica occasiona muitos abusos. »

Maiores, diremos nós, haverião, se essa garantia não fosse imposta pelo Legislador.

(2) *Homem bom*, i. e., chão e abonado (Barbosa—*com* n. 2).

Os depositarios Publicos outr'ora nomeados pelas Camaras Municipaes (L. de 25 de Agosto de 1774 § 28), são hoje de nomeação do Governo (Av. n. 60—de 5 de Março de 1849).

Vide nota (3) á Ord. do liv. 1 t. 66 § 28; assim como a nota (3) ao art 9 do D. n. 817—de 30 de Agosto de 1851, á pag. 384 desta obra.

Consulte-se tambem T. de Freitas—*Consol.* art. 440 nota.

(3) A má escolha feita com dólo torna responsavel o Juiz, ou Official da diligencia.

Vide Corrêa Telles—*Dig. Port.* to 3 n. 716, e Silva Pereira *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 36.

(4) A Relação do Rio de Janeiro em accordão de 20 de Julho de 1866 (*Rev. Jur.* do mesmo anno to. 3 a pag 54) declarou que o Depositario era obrigado a entregar os bens penhorados e confiados á sua guarda, sob pena de prisão, *independentemente* de lhe serem assignados nove dias em vista da Ord. deste liv t. 76 § 5; sustentando a opinião do Juiz *à quo*, que disse, seguindo a Pereira Sousa—*Prim. Lin.* nota 827 *in fine*, Phœbo, etc., que a presente Ord. tratava de caso especial, e

e não seja solto, até que o entregue (1).

M.—liv. 4 t. 34 § 5.

TITULO L.

Do emprestido (2), *que se chama mutuo* (3).

Toda a pessoa, que emprestar a outra cousa alguma, que consiste em numero, peso, ou medida, como dinheiro (1), vinho, azeite, trigo ou qualquer outro legume (2), tanto que se recebe a tal cousa emprestada, fica a risco daquelle que a recebeu (3); porque pola entrega ficou propria (4) do que a recebeu, e fica sempre obrigado a pagar o genero, que não podia perecer, que he outro tal dinheiro, trigo, vinho, ou azeite ou outro legume (5).

1. E esta cousa assi emprestada deve tornar o devedor ao tempo e praso, que lhe

---

que os depositos judiciaes regulão-se por aquella Ord. supra citada.

A doutrina do accordão conta em seu favor Mendes de Castro—*Praxis* p. 1 liv. 3 cap 21 n. 57, Guerreiro—*Tract.* 4 liv. 6 cap. 8 n. 111, Reynoso — *Obs.* 45 n. 8, França á Mendes—p. 1 liv. 3 cap. 21 de n 389 em diante, Pegas *com.* a Ord. do liv 1 t 28 glos. 1 n. 4, e *Forens.* cap. 3 n. 95, Moraes—*de Execut.* liv. 1 cap. 4 § 1 caso 6 n. 78, onde vem bem sustentada esta opinião, Lima no *com.* n. 2, e Pereira e Sousa — *Prim. Lin.* nota 827 supra citada, além de Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 33 e to. nota (*a*) á pag. 213, e o annotador de Phœbo.

A doutrina opposta tem por defensores Caminha — *de Libellis* ann. 17 n 11, Phœbo—Dec. 89 n. 8, e Dec. 185 n. 8, que aliás parece divergir da primeira por meio de uma distincção, a qual he tambem acceita por Ag. Barbosa nas *Castigationes* n 193; sustentando aliás que esta Ord trata do deposito judicial, e a do t. 76 § 5 do voluntario; mas que se naquelle se dá a *confissao* do depositario, he incontinente preso se não o entrega, por que então fica no caso da Ord do t. 76 § 5; Coelho da Rocha Dir. Civ § 791, e Corrêa Telles—*Dig. Port* to 3 n. 724, e *Doutr. das Acc* § 203 nota (5) *in fine*, sustentando que o deposito desta Ord. he *judicial*, não resolvem a questão.

O mais forte propugnador desta doutrina he Almeida e Sousa nas *Acç. Sum.* to 1 § 449, 450 e 451, e a nosso ver não refuta Moraes.

T de Freitas na *Consol.* em nota ao art 437 diz o seguinte; que alias não he censurado nas *Obs.* de Rebouças:

« O d liv. 4 t. 49 § 1. Como na praxe do nosso fôro a Ord do liv. 4 t. 76 § 5 tenha sido erroneamente applicada aos depositos *judiciaes*, esta outra Ord. ficou letra morta, e não ha caso algum em que se assignem nove dias ao Depositario judicial. He uma leviandade dizer que a Ord do liv 4 t. 49 procede no caso especial de ter sido o deposito entregue pelo depositario ao Magistrado. Pois a lei havia de ter contemplações para com o Juiz prevaricador ?

« Os Deputados e Senadores podem ser Depositarios *judiciaes*, visto que nenhuma lei o prohibe, embora não possão ser presos sem licença de sua Camara »

Com a mesma doutrina conforma-se Ramos nos *Apont.* § 591, e Silveira da Motta—*Apont. Jurid.* art. *Depositario*.

Vide tambem o art. 434 do *Consol* nota (2), e Rebouças—*Obs.* ao art. 437 no final da nota

(1) Vide Lima no *com.*, Silva Pereira — *Rep das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag 33, notas (*a* e (*b*) á pag. 34, Mello Freire — *Inst.* liv. 4 t 3 § 8, e t. 23 § 17, Almeida e Sousa — *Acç Sum.* to. 1 pag. 34 e 389, *Execuç* pag 11 e 122, *Seg Lin* to 2 pag. 115 e 354, e to. 3 pag. 486, Vasconcellos—*Consultor Juridico* arts *Depositario* e *Depositos*, e Silveira da Motta—*Apont. Jurid.* art *Depositario*.

Por accordão da Relação do Rio de Janeiro de 29 de Abril de 1856 se decidio, que o deposito do escravo que fugio andando á jornal, tendo dado fiança para o faser, não obriga o Depositario á entrega do mesmo escravo, uma vez que prove que não houve dólo ou culpa de sua parte; e nem sujeita-o ás penas desta Ord. e nem as do t. 76 § 5.

(2) *Emprestido*, i. e., emprestimo.

(3) *Mútuo*, i. e., reciproco.

Vem do verbo latino —*mutuare* emprestar.

Mastrofini na sua obra *Discussao sobre a usura* diz que, na opinião de alguns authores a palavra—*Mutuum* vem de *meo* e *tuum*, explicando a transferencia de dominio neste emprestimo; transferencia ou dominio que elle contesta no § 293 e seguintes:

Segundo Coelho da Rocha § 744 o *mútuo* he o contracto, pelo qual uma pessoa entrega á outra uma *cousa fungivel*, para lhe ser tornado outro tanto em quantidade e qualidade. He a mesma definição desta Ord. pr em termos mais redusidos e claros.

« *Cousas fungiveis*, diz T. de Freitas *Consol.* art. 477 nota, são objecto do *Mútuo*, i. e., as que forem susceptiveis de substituição por outras cousas da mesma especie, da mesma qualidade, e na mesma quantidade.

« As cousas que se consomem com o uso são fungiveis por sua naturesa, mas as partes podem convencionar que sejão *fungiveis* cousas que o não são por sua naturesa Isto póde acontecer até com acções de Banco e outras companhias, quando aquelle que as recebe fica obrigado a restituir um numero igual ao das acções recebidas.

« Em summa ha *mútuo* sempre que a obrigação de restituir fôr generica, e não se referir á *propria* cousa recebida, mas á outra da mesma especie e qualidade qualquer que ella seja »

He da naturesa deste contracto o ser *gratuito*, bem que se possa ajustar premio, ou remuneração do mutuante, como em alguns casos permittia a antiga legislação (Ord. deste livro *t* 67, Als. de 23 de Maio de 1698, e de 17 de Janeiro de 1757), e facultou-o sem embaraços a moderna (L de 24 de Outubro de 1832). Mas neste caso o mutuo perde inteiramente todo o seu caracteristico — *a gratuidade*, passando a ser o contracto todo de locação

Os Romanos distinguião estes dous contractos por estas palavras: *mutuum* era o emprestimo gratuito sem juros, e *fœnus* o outro, o oneroso.

O mutuario não fica devedor da cousa individual, mas he tão sómente da especie (*genus*, na phrase do Direito Romano), e portanto fica logo tendo o dominio, correndo por sua conta os riscos. Esta doutrina, como já vimos acima, he contestada por Mastrofini.

Vide sobre este tit. Caminha—*de Libellis* ann. 10, Barbosa— *com.*, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 de n. 1177 a 1195, Coelho da Rocha *Dir. Civ.* de § 774 a 781, T. de Freitas—*Consol* de art. 477 a 508, e Ramos—*Apont.* de n. 442 a 484.

(1) *Dinheiro*. Vide Ord. deste liv. t. 67.

« Como o dinheiro amoedado, diz Rogron, he huma cousa esteril, que por si mesmo não póde servir ás necessidades da vida, tem-se pretendido que era injusto exigir premios por esse emprestimo de dinheiro, mas convém observar que o dinheiro tendo um valor de convenção, e podendo servir para comprar todos os objectos necessarios á vida, o que empresta huma certa somma priva-se realmente de todos os objectos que poderia comprar, e de todos os beneficios que poderia colher do emprego de seu capital »

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 233, Macedo—Dec. 30, Moraes— de *Execution.* liv. 2 cap. 12, Pereira de Castro—Dec. 84 n. 3, e Arouca —*All.* 9 n. 10.

(2) *Legume*, i. e., nome generico de toda a sorte de grãos, que nascem em bages, como favas, feijões, hervilhas, etc.

Mas aqui toma-se em sentido mais lato, maxime se a palavra latina *legumen*, vem de *legere*, no sentido de *colher*, e não no de *ajuntar*, *ligar*, et.

(3) Sendo o Mutuatario, *o dono*, segue-se a regra de Direito—*res suo domino perit*.

(4) Vide nota (2) á rubrica deste titulo.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 4, 5 e 6, e t. 5 § 3, e Almeida e Sousa—*Dir. Emph.* to. 3 pag. 498.

fôr posto (1), e não sendo declarado tempo, cada vez que o acredor lha pedir, e desse tempo fica constituido em mora (2). O qual se não deve entender logo, porque seria vão e frustatorio o beneficio, se logo se houvesse de pedir o que se empresta; polo que se darão ao devedor dez dias de spaço (3), como se dão ao que se obriga a pagar alguma cousa sem declaração de tempo, ou dilação, ou mais spaço (4), se ao Julgador parecer assi, segundo a qualidade das pessoas, tempo e lugar.

Mas, se a circumstancia da cousa, ou do lugar, onde se havia de pagar, trouxesse dilação, sperar-se-ha que se acabe; assi como, se hum emprestasse a outro em Lisboa cem cruzados para lhos pagar em Braga, aindaque não dissesse quando, dar-se-ha tanto tempo, que boamente possa ir a Braga, para lhos dar lá. E se hum emprestasse a outro trigo, ou vinho para lho pagar de sua herdade, entender-se-ha que spere tanto, até que della haja a primeira novidade (1).

2. E porquanto de se emprestar dinheiro (2) aos mancebos filhosfamilias (3) se dá azo ao converterem em usos deshonestos e occasião de serem viciosos, e se póde presumir, que carregados de dividas e apertados por ellas procurem a morte a seus pais, ou lha desejem: para se isto evitár (4), mandamos que o que emprestar a algum filho, que stiver debaixo do poder de seu pai (5), quer seja varão, quer femea, perca o direito de o pedir assi a seu pai, como a elle, posto que os ditos filhosfamilias, a que se fez o dito emprestimo, saiam do poder de seus pais por morte, casamento, ou emancipação (6). E da mesma maneira se não

---

(1) Segundo o Codigo do Com. art. 135 as obrigações mercantis de praso certo, contão-se do dia immediato ao do contracto, contemplando-se no praso o dia em que expira o mesmo praso.

(2) *Móra*. Dando-se este facto o mutuario fica sujeito ao pagamento de juros e damnos (Silva Pereira —*Rep. das Ords*. to. 2 notas (*a*), (*b*), e (*c*) á pag. 234).

Chama-se *Móra* o retardamento da execução da obrigação. Não se tendo fixado praso corre a móra desde a interpellação, protesto, ou outra qualquer intimação, ainda extra-judicial, a menos que outra cousa não tenha resolvido a lei (Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 127 e 128).

« E da móra em diante, diz T. de Freitas, não tendo havido estipulação de juros, o mutuario deve-os pagar? Para este effeito a nossa jurisprudencia exige a interpellação judicial. Assim legislão os arts. 138 e 248 do Cod. do Com. »

Susano resumindo Silva Pereira no *Rep. das Ords*. to. 3 nota (*a*) a pag. 560 diz o seguinte :

« *Móra* se entende em razão da *cousa*, ou da *pessôa* : da *cousa* quando alguem não faz aquillo que por direito deve faser (como quando tem alguma cousa furtada, e não restitue á seu dono; e nestes casos he o possuidor obrigado aos interesses, mesmo nos contractos co-respectivos, quando um cumpre da sua parte a condição, e o outro não); da *pessôa*, quando o credor chama o devedor em lugar e tempo competente, ou he chegado o dia convencionado: desde a chamada ou dia aprasado entra o devedor em móra. »

Vide Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 128 e nota G, mui importante a consultar sobre esta questão.

Consulte-se tambem a *Gazetta dos Tribunaes* n. 166, e a *Nova Gazetta dos Tribunaes* n. 245 pag. 4.

(3) Se o mutuo he de pão, a regra em Portugal he que o mutuario he obrigado a dar a especie até o dia 15 de Agosto seguinte, depois de passado esse dia pode paga-lo a dinheiro pelo maior valor que tiver tido o genero no intervallo (Ord. deste liv. t. 20).

Sendo de outros generos, á todo o tempo satisfaz o mutuario, entregando-os, e não sendo possivel paga-os pelo preço corrente ao tempo convencionado.

Mas se o mutuo he de dinheiro *á juros*, a cobrança não se pode fazer em menos de um anno (Al. de 17 de Janeiro de 1757), e nem se poderia contractar por menos tempo.

Segundo Corrêa Telles—*Dout. das Acç.* § 407 nota (3), os juros do dinheiro devião ser cobrados executivamente, visto como o Al. de 25 de Maio de 1698 os chama—*Censos*. Mas outra tem sido a pratica.

O mutuante he responsavel pelo prejuizo, que resultar dos defeitos da cousa emprestada, que sabendo, occultou.

(4) Vide nota precedente.

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 5 § 3 e t. 22 § 7.

(2) *Dinheiro*. E se o emprestimo fôr do outro objecto ?

Geralmente se diz que não tem lugar esta lei (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 191 n. 40).

Entretanto se esta Ord. não se deve entender *taxativa*, mas *demonstrativamente* (Borges Carneiro sob n. 37), o emprestimo condemnado dever-se-ia estender á outros objectos, por que como bem diz o mesmo Jurista n. 41, pode dar-se dôlo, como no contracto de *mohatra* da Ord. deste liv. t. 67 § 8.

Cumpre notar que este mutuo he prohibido, com ou sem juros.

(3) *Filhos-familias*. Estas palavras, diz-se, se entendem demonstrativa e não taxativamente. Entretanto o contrario foi decidido na Casa da Supplicação no anno de 1642, na causa de Antonio Luiz de Oliveira, filho natural de Diogo Luiz de Oliveira, outr'ora Governador da Capitania da Bahia, assumpto da *Dec.* 151 de Themudo, segunda parte.

Vide Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 191 n. 37.

Parece de equidade, que se o filho natural estiver sob o poder do Pae, deve tambem gosar deste beneficio, maxime achando-se reconhecido na conformidade da L. de 2 de Setembro de 1847, visto como a razão daquelle *aresto* fundava-se na Ord. deste liv. t. 92 § 1.

(4) Esta disposição foi tirada da l. 7 § 3 e 9 ff. *ad Senat. Cons. Maced.*

Os *Senatus-Consultos* ou decretos do Senado tiravão de ordinario o seu nome do Consul ou Consules em cujo governo erão promulgados, mas algumas vezes do nome dos individuos, em odio de quem erão expedidos.

O Senatus-consulto *Macedoniano*, fonte desta lei está neste caso.

A lei Romana deste nome teve origem no reinado do Imperador Claudio, quando vivia em Roma um famoso usurario chamado *Macedo* ou *Macedon*, que assolava com suas usuras a cidade eterna.

Esta he a opinião de Gothofredo á quem segue Lima *com.*, mas Vicat no seu *Vocabulario*, sustenta que o nome da lei proveio de certo *Macedo* filho-familias, uma das mais notaveis victimas dos usurarios de Roma.

Mas esta lei parece que cahio logo em desuso, por isso que o Imperador Vespasiano a renovou, e fez-lhe dar todo o vigor.

Segundo Gothofredo a lei promulgou-se no quarto Consulado de Claudio e no terceiro de Vitelio no anno de 799, da Republica, e 46 de Christo, segundo Pedro Faber, data que he contestada por Bach, e Warnkænig que julgão que a promulgação verificou-se no anno 800 da Republica, e 47 de Christo.

Vide Suetonio na vida de Vespasiano cap. 12, Gothofredo—*Digesto* liv. 14 t. 6, Vicat—*Vocabularium utriusque juris*, arts. *Macedo* e *Macedonianum*, e Lima—*com.* n. 3.

(5) Vide nota (1) á este §, e Themudo—p. 2 *Dec.* 151.

(6) E tambem por emprego ou funcção publica que importe emancipação.

poderá pedir aos fiadores, que por elles ficaram (1).

3. Porém, se o tal filhofamilias stiver em alguma logea de mercadorias, ou tiver algum tracto de consentimento e mandado de seu pai, ou sem elle, será obrigado a pagar o que se lhe emprestar (2). Porque, se por mandado de seu pai stá no tal tracto, fica o pai obrigado pelo emprestimo, que ao dito filho se fizer; e se o dito filho negociava sem mandado de seu pai (3), ficará elle obrigado até onde chegar o seu peculio (4), e mais não (5).

4. E quando o filhofamilias stá em parte alongada e remota por causa do studo, será o pai obrigado a pagar o que se emprestar ao dito filho para os gastos do studo, não sendo porém mais que o que o pai lhe costumava dar. E o mesmo será no que se emprestar ao filhofamilias soldado, que stiver na guerra em parte remota, ou que andar na Côrte em nosso serviço (6).

TITULO LI.

Do que confessa ter recebido alguma cousa, e depois o nega (7).

Qualquer pessoa, que confessar, que recebeu algum emprestimo, poderá dizer e allegar até sessenta dias (1), que o não recebeu. E pondo esta excepção antes dos sessenta dias, não seja constrangido pagar o confessado per elle (2). E posto que ao tempo do contracto diga (3), que renuncia esta Lei, tal renunciação seja nenhuma. E defendemos aos Tabelliães e Scrivães, que taes obrigações houverem de fazer, que não screvam taes renunciações, e fazendo o contrario, percam os Officios (4).

M.—liv. 4 t. 47 pr.

1. Porém, se o crédor provar por Tabellião e testemunhas, que presentes foram ao tempo do contracto, ou per algum modo licito, que realmente e com effeito entregou ao devedor o que por elle foi confessado, será o devedor constrangido a pagar a quantia em sua confissão conteúda, com as custas em tresdobro, pois maliciosamente litigou. E não lhe seja em Juizo recebida alguma outra razão, que haja mistér outra prova fóra da scriptura da dita confissão, pois negou o que tinha razão de saber, e lhe foi provado. E não provando o crédor, como lhe entregou o conteúdo na scriptura, será constrangido a entregar ao devedor a scriptura da obrigação, e fazêl-o livre do que nella confessou, salvo se na scriptura da confissão o Tabellião dér sua fé, que em sua presença e das testemunhas o devedor

---

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 235, e nota (*a*) á pag. 237, Guerreiro—*de Dat.* liv. 6 cap. 45 n. 33, Mello Freire — *Inst.* liv 2 t. 4 § 14, liv. 4 t. 6 § 20, e t. 13 § 5, Almeida e Souza — *Notas á Mello* to. 2 pag. 155 e 233, importante *com* desta Ord., *Acç. Sum* to 1 pag. 503 e 531, *Seg. Lin* pag. 232, *Obrig* pag. 89, Pereira e Souza—*Prim. Lin* nota 308, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 tit. 21 § 191 n. 33 e seguintes, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 778, Corrêa Telles—*Doutr. das Acç.* § 320 nota (2), e Moraes Carvalho—*Pratica* § 255 nota.

(2) Esta Ord. deve-se entender de accordo com o art. 1 § 3 do Cod Com. que diz:

« art. 1.º Podem commerciar no Brazil:

« § 3. Os filhos-familias que tiverem mais de desoito annos de idade, *com autorisação dos paes*, provada por escriptura publica.

« O filho maior de vinte um annos que fôr associado ao commercio de pai, e o que com sua approvação, provada por escripto, levantar algum estabelecimento commercial, será reputado emancipado e maior para todos os effeitos legaes nas negociações mercantis »

(3) Actualmente, como bem diz T de Freitas *Consol.* art. 486 nota (5), só póde ter lugar com infracção da lei, em vista do Cod Com art 1 § 3 supracitado. »

(4) Este peculio não deve-se entender o profecticio, por que neste tem o pai usufructo.

Borges Carneiro parece entender o contrario (*Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 191 n. 19)

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep das Ord.* to. 2 nota (*b*) a pag. 235, nota (*a*) a pag. 236, e nota (*c*) a pag 480, Mello Freire — *Inst.* liv. 2 t. 4 § 14 nota, e liv. 4 t. 4 § 6, e Almeida e Sousa —*Notas á Mello* to. 2 pag. 113, 155, 159 e 226, *Acç. Sum.* to. 1 pag. 503, e *Obrig* a pags. 46, 89 e 98, e Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 12.

(6) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com*, Silva Pereira – *Rep das Ords.* to. 2 nota (*b*) a pag. 236, Almeida e Sousa — *Notas á Mello* to 2 pag. 113 a 155, e *Obrig.* pag 29, 89 e 98, e Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 191 de n. 46 á 57.

(7) Vide Barbosa no *com.*

(1) *Sessenta dias.* He esta a excepção chamada *non numeratæ pecuniæ* de pouco uso no fôro, que entre os Romanos estendia se á dous annos (*biennium*). Mas se o recebimento fôr de pagamento, só se poderá negar dentro do espaço de trinta dias (Silva Pereira—*Rep. das Ords* to. 2 nota (*b*) á pag. 238)

Se esta excepção fôr apresentada no decendio impede a execução da sentença (Lima no *com* n. 3).

Esta excepção só póde ser applicada nos contractos do mútuo e dote, assim como no deposito se fôr de dinheiro contado, e não em outros contractos (Silva Pereira — *Rep das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 601).

(2) Esta reclamação deve ser notificada judicialmente ao credor, ou ao devedor que tem recibo, para que prove ainda que por testemunhas o seu direito.

(3) E *posto que ao tempo do contracto.*

Lima no *com.* n. 46 apoiado no Valasco *Cons.* 5 n. 12, diz que a renuncia vale se não he feita no momento do contracto em continente, no proprio instrumento.

(4) T. de Freitas na *Consol.* art. 488 nota diz o seguinte:

« Existe a crença vulgar, nascida desta lei, de que as partes tem sessenta dias para arrependimento dos contractos. A Res. de 4 de Desembro de 1827 dá noticia desse erro commum. *Quid*, se o fiador demandado oppõe a excepção, e o devedor principal confessar ter recebido?

Essa Res. he á que trata da pretenção de D. Rosa Alexandrina da Rocha compilada na *Legislação* de Nabuco

Cousulte-se tambem Ramalho — *Pratica* p. 1 t. 17 cap. 1 § 5 nota (*n*)

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, maxime o segundo pelas ampliações e limitações que faz á esta Ord., Guerreiro — *de Ration. red.* liv. 7 cap. 11 de n. 44, Moraes — *de Execut.* liv. 2 cap. 22 de n. 38 e 50 em diante, Valasco — *Cons.* 5 n. 9, Reynoso — *Obs.* 47 n 12. Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 238 e 239, Mello Freire — *Inst* liv. 3 t. 4 § 14, e liv. 4 t. 6 § 26, Almeida e Sousa — *Seg. Lin.* to. 2 pag. 302 e *Notas á Mello* to. 2 pag. 658, Corrêa Telles —*Dig. Port.* to. 3 de n. 1188 a 1195, e Coelho da Rocha — *Dir. Civ.* § 776.

houve e recebeu em si emprestado o confessado por elle; porque neste caso não será necessario ao crédor dar outra prova além da scriptura da confissão, postoque ainda durem os sessenta dias. Porque pois o Tabellião o affirma, deve inteiramente ser dada fé a sua scriptura com as testemunhas, sem outra alguma prova (1).

M.—liv. 4 t. 47 § 1.

2. E se o que tal confissão fez sob sperança do que havia de receber, o negar antes dos sessenta dias, e pozer a dita excepção fòra do Juizo ao seu crédor, dizendo que não recebeu cousa alguma do que confessou, ou que não recebeu tanto, como confessou, postoque em Juizo não seja demandado por seu crédor, protestando o devedor, e declarando antes dos sessenta dias, que não recebeu o por elle confessado, ficará perpetuada essa excepção (2); de maneira que nunca jámais o crédor poderá com effeito constranger o devedor por tal confissão, nem seus herdeiros, salvo provando primeiro, que o devedor houve e recebeu o conteúdo em sua confissão. E sendo o crédor fóra da terra, ou escondendo-se em maneira, que não possa facilmente ser achado, poderá o devedor fazer sua protestação perante o Juiz sómente (3). E façam todo screver, para depois não recrescer duvida, e se poder aproveitar em todo o tempo da dita protestação.

M.—liv. 4 t. 47 § 2.

3. E morrendo o devedor antes dos ditos sessenta dias, poderão seus herdeiros allegar essa excepção antes dos ditos sessenta dias acabados, e isto mesmo dizemos, se morrer o crédor, e ficar vivo o devedor, ou se morrerem ambos, e ficarem seus herdeiros (4). E passados os sessenta dias, não poderão os herdeiros (posto que sejam menores) (5) allegar tal excepção. E assi como esta excepção pódem allegar os herdeiros do devedor, assi a pódem allegar seus fiadores (1).

M.—liv. 4 t. 47 § 3.

4. E se o devedor depois da confissão feita, pagar antes dos sessenta dias parte da divida, ou em algum outro modo reconhecer sua confissão ser verdadeira, não poderá jamais pôr, nem allegar essa excepção (2).

M.—liv. 4 t. 47 § 4

5. Outrosi, se o devedor antes de sua confissão era obrigado ao crèdo por razão da compra, ou aluguer, ou de injuria que lhe fosse julgada, ou por outro algum modo (e não por razão de emprestimo) querendo o tal devedor fazer disso obrigação a seu crédor, confessou que recebeu delle emprestado o que da outra obrigação lhe devia, cessará a excepção dos sessenta dias, e não se poderá em tempo algum allegar: porque esta Lei sómente ha lugar nos emprestimos, e confissões sobre elles feitas(3).

M.—liv. 4 t. 47 § 5.

6. E posto que esta excepção se deva oppor antes dos sessenta dias serem passados, se o devedor, passados elles, quizer tomar em si o cargo de provar, que nunca recebeu o que em sua confissão he conteùdo em parte, ou em todo, sempre será recebido á tal prova, comtanto que o prove por escriptura publica (4), nos casos, onde

---

(1) Vide tambem o § 7.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords*. to. 2 notas (*a*) e (*b*) a pag. 240, Mello Freire — *Inst.* liv. 4 t. 3 § 3 e t 18 § 12.

(2) Excepção á regra que sujeita á prova o que allega o facto em que pretende fundar o seu direito.

(3) Almeida e Sousa nas *Seg. Lin* to. 1 nota (306) diz que a excepção *non numeratæ pecuniæ* tinha lugar ainda contra as *letras de cambio*, doutrina que foi bem combatida por Moraes Carvalho — *Pratica Forense* nota 145, e hoje insubsistente perante o Cod Com

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to 2 nota (c) a pag. 362, e Almeida e Sousa — *Notas á Mello* to. 2 pag. 688.

(4) Segundo uma nota do Dez. Themudo que traz Silva Pereira no *Rep das Ords*. to. 2 nota (*a*) a pag. 649, deve-se entender esta Ord. quanto á confissão feita pelo defunto no chyrographo, e não em testamento; pois esta não póde ser desfeita pelos herdeiros

(5) *Posto que sejão menores.*

Barbosa no *com* n. 2 diz que esta disposição mantem-se se os 60 dias decorrerem estando vivo o pai dos mesmos menores. Pelo contrario se elle fallecer durante esse praso, e os menores ignorando a confissão respectiva. No que concorda Lima *com.* n. 6.

(1) *Fiadores*. Se o fiador sustentar que o devedor não recebeu o mútuo, confessando este o recebimento, não tendo com que solva o debito, he o fiador de preferencia acreditado (Silva Pereira — *Rep das Ords*. to. 2 nota (*b*) a pag. 423).

Pelo contrario se o devedor he solvavel.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Almeida e Sousa — *Seg. Lin.* to 1 pag 228.

(2) Aqui milita a regra de Direito — *debitor solvens scienter partem debiti præsumitur totum debere, dum contrarium non probat.*

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to 2. nota (c) a pag. 127, nota (*b*) a pag. 151, e nota (*e*) a pag. 362.

(3) Silva Pereira diz que em vista desta Ord não se póde oppôr esta excepção em causa de dote (*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) a pag 121, e nota (*e*) a pag. 361), o que contestão Ag. Barbosa nas *Castigat.* n. 194, e Lima no *com.* n. 5 e 6.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Almeida e Sousa — *Seg. Lin.* to 1 pag. 231.

(4) *Prove por escriptura publica* i e, na fórma da Ord. do liv. 3 t. 59 pr., e Al. de 30 de Outubro de 1793.

Os Praxistas apontão dous casos em que esta condição he dispensavel: o *juramento do credor*, e a *confissão* do mesmo, ainda *extrajudicial* (Lima no *com.*, e Almeida e Sousa — *Seg. Lin*. to. 1 pag. 229). E este caso era um dos que antigamente dispensava o Desembargo do Paço.

Moraes — *de Execut* liv. 2 cap. 22 n. 49, dá á esta Ord. uma rigorosa intelligencia. O proprio credor não he admittido a provar por testemunhas a confissão do devedor, se o credito ou chyrographo não se acha nas condições da lei (Ord. do liv. 3 t. 59 pr.).

O Dez. Oliveira na seguinte nota que copiou Silva Pereira no Rep. *das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 239, apresenta a difficuldade que ha na intelligencia desta

segundo nossa Ordenação, he necessaria (1).

M.—liv. 4 t. 47 § 6.

7. E em todos os casos em que o crèdor ha de provar a confissão do devedor ser verdadeira, pode-lo-ha provar por testemunhas, ou por qualquer outro modo, porque pois elle jà tem por si a escriptura, e ainda he constrangido a provar, que a confissão conteùda nella he verdadeira, com razão deve ser recebido a prova-la por qualquer modo de prova que poder dar (2).

M.—liv. 4 t. 47 § 7.

TITULO LII.

Do que confessa o que lhe he deixado em juramento com alguma qualidade (3).

Mandamos, que em todo contrato de qualquer qualidade que seja, onde fòr deixado em juramento da parte (4), qualquer cousa sobre que fòr conteùda, e a parte que jurar, confessar que o que lhe he deixado em seu juramento he verdade, e poser alguma qualidade que conclua não ser obrigado ao porque he demandàdo, ou ao porque o querem obrigar, posto que a tal qualidade seja separada do que se lhe demanda, aquelle, que jurou, seja crido em todo na dita qualidade (1), para não ser obrigado:

Assi como se hum homem demandasse outro, que lhe emprestàra dez cruzados, e por não ter prova, cu por a não querer dar, o deixasse em seu juramento, e o demandado jurar que he verdade que lhos emprestou, mas que depois lhos pagou, neste caso, e em outros taes serà crido que lhos pagou, posto que outra prova não dê, nem tenha (2).

M.—liv. 4 t. 36 § 3.

TITULO LIII.

Do contracto de emprestido, que se chama commodato (3).

O Commodato he huma concessão gra-

Ord., cuja disposição parece em verdade um contrasenso:

« *Difficilis videtur hæc Ordinatos:* quomodo enim dari potest, quod super non numeratione pecuniæ conficiatur scriptura? » *Et ideo judicavimus* legum hanc intelligendam esse, quando, pecuniam non fuisse numeratam *indirècte*, probari intenditur ex consequentia alicujus contractus, qui ad probationem requerit scripturam, anno 1684, in processu Antonii Francisci cum Emmanuele Rodrigues Crespo apud Notarium Pinheiro. »

Corrêa Telles na *Interp.* § 74 diz o seguinte:

«Assim por exemplo, póde provar-se por testemunhas a perda do instrumento de qualquer contracto; o nascimento, ou morte de qualquer pessôa; que Pedro, ou Sancho adio a herança de seus paes, etc. Vide a Ord. do liv. 3 t. 59 § 22.

« O Dez. Oliveira (*Rep.* art. *Emprestimo* to. 2 pag. 239 nota (*a*), achou difficuldade na Ord. do liv. 4 t. 51 § 6 sobre o modo como o mutuatario hade provar por escriptura, que não recebêra o mutuo confessado por elle mesmo: porém nada me parece mais facil do que o mutuante e mutuatario fazerem uma escriptura de emprestimo simulado, e logo depois fazerem outra, em que o mutuatario diga que nada recebêo, e o mutuante que nada emprestou. Vide Boehemero — *ad Pandect.* Exerc. 65 cap. 2 § 8. »

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Caminha — *de Libellis* ann. 10 n. 9, e Mello Freire — *Inst.* liv. 4 t. 1 § 12.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) a pag. 362, Moraes—*de Execut.* liv 2 cap. 22 n. 49, e Almeida e Sousa — *Seg. Lin.* to. 1 pag. 229.

(3) Vide sobre esta Ord. Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, maxime os do segundo, importantes pelas ampliações, e limitações que apresenta acerca deste titulo.

Vide Ord. do liv. 1 t. 24 § 19, liv. 3 t. 53 § 9, t. 59 § 5 e t. 66 § 1, e deste liv. t. 19 § 2, D. de 10 de Maio de 1710, e T. de Freitas — *Consol.* arts. 375 e 379 e notas.

O juramento de que aqui se trata he o *decisorio* ou *d'alma*.

(4) O D. de 10 de Maio de 1790 diz sobre esta acção de juramento d'alma o seguinte:

« Sendo informada, de que nas Acções de Juramento d'alma, para haver de se condemnar pelo juramento do Autor, se podião escusar as seguintes citações, de que faz menção a Ordenação do liv. 1 tit. 43 § 1, antes que pelo contrario se fazião impraticaveis as sobreditas segundas citações, tanto assim que sem ellas se tem procedido sempre no Fòro em grande utilidade dos meus Vassallos, e boa expedição das Partes.

«Sou servida, que daqui em diante em todos os Auditorios deste Reino se observe a pratica, que se acha authorisada pelo Decreto de 15 de Junho de 1758 (*deverá talvez ler-se de* 1768) para effeito de que não podendo nenhuns Réos serem condemnados á revelia pelos juramentos dos Autores logo na primeira Audiencia, sem que sejão esperados até á segunda, o possão com tudo ser, não comparecendo em nenhuma dellas sem que seja necessario cita-los de novo, visto ter-lhe sido logo declarado, que a Parte os manda citar para deixar o caso no seo juramento. E que o mesmo se observe, ainda que as quantias sejão modicas; ficando com tudo comprehendidas debaixo desta geral determinação ainda os casos, que se acharem pendentes, sem embargo da sobredita Ordenação, e de quaesquer outras, que possão haver em contrario. »

(1) *Em todo na dita qualidade.*

Sendo a confissão indivisivel não póde ser acceita em parte, e rejeitada no restante. Assim tambem o consagra o art. 156 do D. n. 737 — de 25 de Novembro de 1850.

Convém muito distinguir esta confissão da que resulta do depoimento de que trata a Ord. do liv. 3 t. 53.

Consulte-se sobre esta Ord. Almeida e Sousa — *Seg. Lin.* pag. 342 e 404, na *Diss.* X sobre o Juramento Judicial, vulgarmente Juramento d'acção d'alma, e Ramalho — *Pratica* p. 2 t. 3 cap. 2.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Pereira de Castro — *Dec.* 68, Silva Pereira—*Rep. das Ord.* to. 1 nota (*c*) a pag. 600 e to. 3 nota (*a*) a pag. 272, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 19 § 2, e t. 20 § 4, e Coelho da Rocha —*Dir. Civ.* § 181.

(3) *Emprestido....commodato.*

Vide nota (1) á rub. do t. 50.

Commodato he um contracto gratuito como o *Mutuo*, pois desde que ha onus ou retribuição chama-se *locação* (Ord. deste liv. t. 23 e 24).

He mais uma concessão graciosa, do que contrato.

Coelho da Rocha no § 770 define o *commodato* desta fórma:

« He o contracto, pelo qual uma pessôa empresta á outra *gratuitamente* uma cousa com obrigação de lhe restituir a mesma individualmente (*in specie*, na phrase do Direito Romano).

Como se vê neste contracto trez cousas são necessarias para qualifica-lo: a *tradição* ou *entrega* de objecto, a *gratuidade do uso*, e *restituição* do mesmo objecto.

Vide sobre esta Ord. Barbosa no *com.*, Corrêa Telles

ciosa que se faz de alguma cousa para certo uso (1).

E diz-se graciosa, porque se se fizesse por dinheiro seria aluguer, ou arrendamento. E se fosse por outra cousa que não fosse dinheiro, ou para uso não certo (2), seria outra especie de contrato.

E portanto he chamado commodato, por que se dá para commodo, e proveito sómente do que recebe a cousa. E esse uso bastará que seja tacito, e não expresso, assi como, se alguem emprestasse hum livro, para o que o pede o trasladar, entender-se-ha, que lho empresta pelo tempo, em que rasoadamente o possa fazer (3).

1. E a differença que ha entre o commodato e o mutuo he, que no commodato não passa o senhorio, nem a posse da cousa no que a recebe (4), e sómente se lhe concede o uso della, para tornar a mesma cousa E portanto o commodato não se faz de cousas que consistem em numero, peso, e medida, assi como dinheiro, vinho, azeite ou outros semelhantes que com o uso se consumem (5), e se não pódem tornar as mesmas em specie (6).

Porem, se algumas cousas destas se dessem, para se não gastarem antes se tornarem as mesmas, seria commodato, assi como, se huma pessoa emprestasse a outra algumas moedas de ouro, ou prata para algum apparato de festa, ou representações, e para lhe tornarem as mesmas moedas acabadas as festas, pelo que se o tal dinheiro se perdesse por caso algum fortuito em poder do commodatario não será obrigado a paga-lo (1), como fôra, se se lhe dera o tal dinheiro para o gastar, e consumir, como dissemos no Titulo 50: *Do emprestido, que se chama mutuo* (2).

2. E porque este contracto se faz regularmente em proveito do que recebe a cousa emprestada, e não do que a empresta, fica obrigado aquelle, a que se empresta, guarda-la com toda a diligencia, como se fôra sua. E não sómente se lhe imputará o dolo e culpa grande, mas ainda qualquer culpa leve e levissima (3), assi pela cousa principal, como pelo accessorio. E por tanto, se hum emprestasse huma egoa à outro, a qual comsigo levasse hum poldro, a mesma obrigação terá na guarda do poldro, que na da egoa.

3. Porém, se a cousa perecesse por caso fortuito, não será obrigado o commodatario a pagar o dano, salvo quando no dito caso fortuito (4) interviesse culpa sua; assi como, se pedisse hum cavallo emprestado para ir a huma certa romaria, e fosse à guerra, ou saísse aos touros, aonde lhe matassem o dito cavallo, ou se foi em mora de tornar a cousa emprestada a seu tempo, ou entre as partes foi acordado, que o que recebeu a cousa emprestada, ficasse obrigado aos casos fortuitos.

4. E os casos fortuitos então escusarão ao que recebeu a cousa emprestada, quando elle direitamente usou della. Porém, se hum emprestasse a outro huma baixella de prata para agazalhar alguns hospedes em sua casa, e elle a levasse pelo mar, onde os Cossarios lha tomassem, ou se perdeu em naufragio, ou de qualquer outra maneira, ficará obrigado a pagal-a, pois por sua culpa succedeu o tal caso (5).

— *Dig. Port.* to. 3 de n. 1163 à 1176, Coelho da Rocha *Dir. Civ.* do § 770 à 773, Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 673 e 674, T. de Freitas— *Consol.* do art. 497 à 599, e Ramos—*Apont.* do § 485 à 507.

(1) *Para certo uso*, i. e., por determinado tempo (T. de Freitas — *Consol.* art. 478 nota).

(2) *Para uso não certo*. Estas palavras, diz T. de Freitas, alludem ao emprestimo, que se chama *precario*, cuja duração fica dependente do arbitrio do concedente. A Ord. do liv. 4 t. 54 § 3 tambem dá noticia do *precario* nas palavras — *ou em quanto lhe aprouver*.

(3) Mas passado o tempo concertado o commodante póde exigir o objecto ainda que o commodatario delle nenhum uso tenha feito. Outro tanto succede havendo necessidade imprevista (arg. da Ord. deste liv. t 24 pr., e art. 1889 do Cod. Civ. Francez, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* art. 1166).

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 1 notas (*b*) e (*c*) á pag. 528, e Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 4 e 7, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 771.

(4) *Nem a posse da cousa no que a recebe*. i. e., a posse juridica.

(5) *Cousas semelhantes que com o uso se consummem*, i. e., cousas *fungiveis* porque as que não são *fungiveis*, são as que fazem objecto deste contracto.

Vide sobre o que são cousas *fungiveis* natural ou civilmente Ribas no seu *Curso de Direito Civil Brazileiro* to. 2 pag. 223 § 8.

Mastrofini na sua obra—*Discussão sobre a usura* no § 433 diz o seguinte:

« As cousas que se devem restituir por outras da mesma especie, na mesma quantidade, são chamadas *fungiveis*, em Latim *fungibiles*, porque as que se restituem não são no mesmo individuo physico e natural como as que forão dadas, mas os substituem (*vice funguntur*) pela igualdade do peso, da medida, do numero e da qualidade,

« Ha quem pense que se chamavão *fungiveis*, porque cessão pelo uso: assim *vita functus* significa o que cessou de existir.

« Estes dous sentidos talvez contribuissem á introducção deste termo, mas sobretudo o primeiro, por quanto o que dá uma cousa que lhe deve ser restituida, pensa principalmente no meio de recobra-la no tempo acordado em outra da mesma especie, da mesma qualidade, e da mesma quantidade. »

(6) *Em specie*. Expressão de Direito Romano, que deve-se entender —*identicamente, individualmente*.

(1) Pela regra de Direito: *Res perit domino*.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Mello Freire—*Inst* l. 4 t. 3 § 4 e 5.

(3) *Culpa leve e levissima*

« Estas palavras, segundo T. de Freitas, sobre a distincção de culpa são empregadas no sentido technico do Direito Romano.

Vide Barbosa. e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 526, e Mello Freire — *Inst.* liv. 4 t. 3 § 5.

(4) *Caso fortuito*, i. e., o que não podia ser antevisto, nem pelo mais sabio.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Caminha — *de Libellis* ann. 11, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 notas (*c*) e (*d*) a pag. 526, e nota (*a*) a pag. 527.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 527, e Mello Freire — *Inst.* liv. 4 t. 3 § 5.

5. E porque algumas vezes as cousas emprestadas se perdem nas mãos dos messageiros, per que se mandam pedir, ou tornam a seus donos, e vem em duvida a cujo risco se perdem, se do que emprestou, se do que recebeu emprestado; ordenamos que se a cousa se perder, ou danar pela culpa do messageiro (1), per que se mandou pedir para trazer a dita cousa, correrá o risco aquelle, que mandou o messageiro; salvo se foi mandado sómente para lembrar, que se mandasse, e não para a trazer.

Porém, se o que recebeu a cousa emprestada, a tornou a mandar por quem quiz, ficará á sua conta e risco, pois escolheu máu messageiro; mas se elle era tal e tão idoneo, que seu amo fiava delle semelhantes recados, e que se não podia presumir que commettesse semelhante maldade, e foi enganado e induzido per algum ladrão, ou outro máu homem, e lhe houve á mão a cousa, que levava, perder-se-ha por conta e risco do que a emprestou, por quanto o tal caso se deve reputar por fortuito (2).

TITULO LIV.

Do que não entrega a cousa emprestada, ou alugada, ao tempo, que he obrigado, e do terceiro, que a embarga (3).

Se algum homem recebeu de outro alguma cousa, que tinha, como senhor della, emprestada, alugada, ou (4) arrendada a tempo certo, ou em quanto aprouvesse ao senhor della, e depois, sendo requerido por elle, passado o tempo, recusar de lha entregar, mettendo o feito em Juizo, até ser condenado por sentença diffinitiva, que passe em cousa julgada, não sómente entregará a cousa ao senhor della, mas além disso lhe pagará a verdadeira estimação da cousa, pola contumacia, que commetteu (5),

(1) Vide Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 535, nota (*a*) a pag. 536, e nota (*a*) a pag. 537.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) a pag. 527, e nota (*a*) pag. 529.

(3) Vide Barbosa no *com.*, Valasco —*Cons.* 195, e sobretudo Almeida e Sousa — *Acç. Sum.* to. 2 na *Diss.* XII, que he uma analyse completa desta Ord.

(4) *Ou arrendada.* Na edição de 1603 não se encontra a conjuncção — *ou.*

(5) «Esta acção, diz T. de Freitas na *Consol.* art. 506 e nota, que iguala aos espoliadores o commodatario contumaz, não tem uso algum entre nós, e muito menos sua pena. Tambem a pena não poderia ser demandada senão pela via ordinaria nos termos da Ord. liv. 3 t. 48 § 5. »

Esta he a opinião de Almeida e Sousa — Acç. Sum. to. 2 pag. 307, conciliando deste modo esta Ord. com a do liv. 3 t. 48 *in fine* supracitada.

Vide nota (5) ao § 5 da mesma Ord. a pag. 634 desta obra.

E em nota ao art. 662 diz aquelle Jurista :

« Pratica-se o disposto no art. 230 do Cod. do Com., cominando o locador a renda que se lhe deve pagar por toda a demora. »

Vide Corrêa Telles—*Doutr. das Acç.* do § 323 usque 326 e notas.

e (1) em que perseverou em lha não querer entregar, até ser condenado por sentença; a qual pena lhe poderá ser demandada em todo o tempo, assi antes da sentença, como depois della. Porém, se o demandado, antes de sperar sentença, entregar a cousa com effeito, não será condenado na dita pena (2).

M.—liv. 4 t. 59 pr.

1. E se o que recebeu a cousa emprestada, alugada (3), ou arrendada, fez nella algumas despesas necessarias, ou proveitosas, poderá reter em si a dita cousa (4), até que lhe seja paga a despesa (5), que nella fez (6).

M.—liv. 4 t. 59 § 1.

2. E o que recebeu a cousa alugada, ou arrendada do senhor della por certo tempo, e pagar o aluguer e pensão della aos tempos conteúdos no contracto, poderá reter a cousa, até que todo o tempo do aluguer, ou arrendamento, seja acabado (7).

M.—liv. 4 t. 59 § 2.

(1) Esta conjuncção não se lê na edicção de 1603.

(2) Vide L. de 4 de Julho de 1776 § 1, Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 89, 93 e 106, Mello Freire —*Inst.* liv. 4 t. 3 § 19 e 26, Almeida e Sousa — *Diss.* 12 no to. 2 das *Acç. Sum.* pag. 301 e 319, to. 1 pag. 181, 397 e 433, *Interdictos* pag. 111 e 168, *Fascic.* to. 1 pag. 373, *Dir. Emph.* to. 1 pag. 74. *Seg. Lin.* to. 2 pag. 374, *Obrig.* pag. 454, e *Denunc.* pag. 77.

(3) O locatario não pode allegar que a cousa alugada ou arrendada lhe pertence, e mesmo a outrem que não o mesmo locador.

« Prevalecerá esta regra, diz T. de Freitas, quando por *erro* alugou ou arrendou sua propria cousa, ou quando o locador lh'a vendeu depois da locação, ou a cousa foi arrematada ou adjudicada por execução de credor seu ?»

Vide Lob —*Acç. Sum.* t. 2 *Diss.* XII.

Parece que neste caso deve prevalecer a regra opposta. Vide nota ao § 3 deste titulo.

(4) Não prevalece o direito de retenção, devendo a cousa ser restituida ao locador, ainda que o locatario não tenha sido embolsado da importancia das bemfeitorias, se o locador depois de requerida a liquidação depositar ou caucionar o valor respectivo, jurado pelo mesmo locatario. Vide Ord. deste liv. t. 95 § 1 e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 153.

Mas o juramento do locatario depende de requerimento do locador.

(5) *Despesa.* Esta Ord. deixou de proceder latamente depois do Al. de 27 de Novembro de 1804 § 5 que assim dispõe :

« Em qualquer caso em que o Lavrador haja de sahir da herdade, em que tiver feito bemfeitorias, estas lhe serão pagas pelo Senhorio da herdade, avaliando-se por arbitros ; competindo-lhe a hypotheca concedida no § 2 do sobredito Alvará (de 20 de Junho de 1774), para haver o seu pagamento : sem que porém se admitta o direito de retenção de bemfeitorias, para não ser fraudado o despejo. »

Vide tambem Ord. do liv. 3 t. 86 § 5 e 15, e t. 87 pr e Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*d*) á pag. 98.

O Al. de 5 de Março de 1825, declarou que esta Ord. só concede a retenção das cousas até ser paga a despesa que nellas se fez, quando se houve por emprestimo, aluguer ou arrendamento, e não em deposito.

Vide nos *additamentos* este Alvará.

(6) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Themudo—p. 3 *Dec.* 347, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 9 § 24, e liv. 4 t. 3 § 19.

(7) Vide Cod Com. art. 228, Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Almeida e Sousa — *Notas á Mello* to. 2 pag. 225, e *Obrig.* pag. 46.

3. E se o senhor da cousa, stando em posse della, a emprestou de sua mão a outrem a tempo certo, ou em quanto lhe aprouver, ou a alugou, ou arrendou a tempo certo, por certa pensão, se passado esse tempo, o senhor demandar a cousa, como cousa emprestada, alugada, ou arrendada, não lhe poderá dizer o a que assi foi emprestada, alugada, ou arrendada, que a cousa he sua (1), e que lhe pertence per Direito por algum titulo. E postoque allegue tal razão, não lhe será recebida, mas será em todo caso obrigado de entregar a cousa ao senhor della, de quem a recebeu, e depois que lha entregar, lha poderá demandar (2).

M.—liv. 4 t. 59 § 3.

4. Porém, se demandando o senhor da cousa aquelle, a quem a emprestou, arrendou, ou alugou, viesse algum terceiro, que dissesse ser sua, e embargasse a entrega della, fazendo sobre isso requerimento á Justiça, se a cousa fôr movel, e o que a emprestou, arrendou, ou alugou, fôr suspeito, por não ter bens de raiz, que abastem para pagamento della, será sequestrada em mão de homem fiel e abonado (3), até que

(1) Corrêa Telles na *Interp.* § 17 diz o seguinte:

« Outra lei diz, que o conductor não pode refusar a entrega da cousa alugada áquelle, que lh'a alugou, com pretexto de que *he sua*, e lhe pertence por algum titulo Ord. do liv. 4 t. 54 § 3.

« Mas esta Lei seria mal applicada, se o alugador tendo demanda com o locador, por virtude da sentença que contra este obteve, lhe penhorou a cousa arrendada, a qual por falta de lançador veio a ser-lhe adjudicada.

« A intenção do Legislador não se verifica neste caso, ao qual he mais bem applicada a outra regra, que todo o arrematante gose livremente dos bens que arrematou, ou lhe forão adjudicados. Valasco—*Cons.* 42. »

E no § 28 tambem se explica por esta forma:

« Diz a Ord liv. 4 t. 54 § 3 que o conductor não pode oppôr ao locador á excepção de dominio, em quanto lhe não entregar a cousa arrendada. Porém se o dono de uma fasenda a vendesse, ficando todavia na fruição della como colono, e se a venda fosse necessaria (Ord. liv. 4 t. 4 § 1) por uma modificação daquella lei pode este conductor ser desobrigado da entrega da cousa durante a disputa, se o contracto foi ou não usurario; por que neste caso não se verifica o da lei, a qual suppõe o caso diverso de haver o locador entregado ao conductor uma cousa, que elle possuia. Vide Valasco—*Cons.* 106 »

(2) O commodante, diz T. de Freitas, póde demandar a restituição da cousa emprestada, ou pela acção summaria de emprestimo de que trata Lobão — *Acc. Sum.* na *Diss.* 12 sobre a Ord. liv. 4 t. 54, ou por acção de esbulho, ou por acção ordinaria de reivindicação.

« Se o commodatario fôr commerciante, e se lhe abrir fallencia, o commodante entra na classe dos *credores de dominio*, e como tal consegue a reivindicação (Cod. Com. art. 874 n. 1 e 881).

« Em caso de concurso de credores do commodatario tambem he reputado credor de dominio. Reg. n. 747 art. 619. »

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com*, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 153, Mello Freire —*Inst.* liv. 4 t. 3 § 7. e Almeida e Sousa —*Interdictos* pag. 7 e 111, e *Fascic.* to. 1 pag. 373.

(3) Cordeiro nas suas *Dub* 40, 50 e 51, comprova largamente que esta Ord. comprehende os casos da espoliação.

seja determinado a quem pertence de direito; e o terceiro será ouvido sobre o direito, que pretender ter nella, summariamente, e sem strepito, nem figura de Juizo, sómente sabida a verdade, por se não dar logar ás malicias, que de outra maneira facilmente se podiam commetter e fazer em tal caso.

E sendo essa cousa de raiz, sem embargo de tal questão e contenda movida pelo terceiro (1), será restituida e entregue ao que a emprestou, alugou, ou arrendou, e a pede, como cousa emprestada, alugada, ou arrendada. E depois que lhe fôr entregue, lha poderá demandar esse terceiro (2).

M.—liv. 4 t. 59 § 4.

TITULO LV.

Que as terras da Corôa, e os assentamentos del Rey (3), não possam ser apenhados, nem obrigados.

As terras da Corôa do Reino, que alguns tem de Nós de juro e de herdade, ou em mercê, e os assentamentos, que de Nós tiverem por qualquer razão, não podem ser apenhados, nem obrigados.

E postoque os que as taes cousas tiverem, as obriguem, ou apenhem, não valerá o tal apenhamento, porque queremos, que não possam ser alheadas, nem apenhadas sem nosso special mandado. E ainda que as ditas cousas não possam ser pelos sobreditos obrigadas, ficarão porém esses devedores obrigados a pagar as dividas, por que as apenharem, e poderão ser por ellas demandados; e sendo condenados, far-se-ha execução nos outros seus bens, assi como nos bens de cada huma outra pessoa do povo condenada. E não tendo outros bens, se fará execução pelas rendas das sobreditas cousas, que de Nós tiverem (4).

Vide Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 4 nota (*d*) á pag. 648.

(1) Desta Ord. se manifesta que em causa summaria possessoria não he admissivel questão de dominio, ainda que o interessado seja um terceiro.

Vide Silva Pereira — *Rep. das Ords* to. 1 nota (*b*) á pag. 413 onde se lê a seguinte nota do Dez. Oliveira, a Ord. do liv. 3 t. 20 § 31:

« *In causis possessionis* non admittatur tertius opponens *de dominio*: Phæbo—p. 2 *ar.* 13, Pax —*de Tenut.* cap. 20, Pegas — *Forens* cap. 11 n. 215; mihi autem *negativa opinio* aperte probatur ex Ord. liv. 4 t. 54 et secundum eam sæpe in Senata judicavimus. »

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Almeida e Sousa nos lugares apontados na precedente nota; e sobretudo Cordeiro — *Dub.* 49 e 51 importante *com.* desta Ord.

(3) *Assentamentos del Rey*, i. e., mercês de dinheiro que o Rey fasia aos Fidalgos, que andavão escriptos em seus livros.

(4) Vide Ord. do liv. 3 t. 93, e Al. de 17 de Agosto de 1768, além de Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 237, e to. 3 nota (*a*) a pag. 89, e Almeida e Sousa —*Notas a Mello* to. 1 pag. 65 e 103.

TITULO LVI

Dos que apenham seus bens com condição, que não pagando a certo dia, fique o penhor arrematado (1).

Se algum devedor empenhar a seu crédor alguma cousa movel,ou de raiz (2), com condição que, não lhe pagando a divida a dia certo (3),o penhor fique por ella vendido e arrematado ao crédor, mandamos que tal convença seja nenhuma e de nenhum effeito. Porém, se o devedor der alguma cousa sua em penhor a seu crédor sob condição, que não lhe pagando a tempo certo, fique o penhor arrematado pelo justo preço, o tal apenhamento assi feito valerá, e a convença será guardada. E em este

---

(1) Consulte-se sobre esta Ord. Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 de n. 1196 a 1231, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* de § 624 á 632, Liz Teixeira—*Dir Civ.* to. 3 p. 2 t. 14, de pag. 294 em diante, Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* to. 2 t. 13, e Ramos—*Apont.* cap. 12 de n. 1502 á 1551.

Esta Ord. trata especialmente do *penhor*, que em geral, tomada esta palavra *subjectivamente*, he o direito real que no credor compete sobre certa cousa alheia, para maior segurança da sua divida.

Tomada *formalmente*, significa o contracto, pelo qual se constitue este direito (*empenhar*, ou *apenhar* na phrase da Ord.): e *objectivamente* toma-se esta palavra para significar a mesma cousa empenhada.

1.º—Se o objecto empenhado he movel, que se entrega ao credor, chama-se este direito—*penhor propriamente* dito.

2.º—Se são bens de raiz, e se não entregão, chama-se *hypotheca*.

3.º—Se estes mesmos immoveis se entregão, chama-se *antichrese*.

São palavras de Coelho da Rocha — *Dir. Civ.* § 625.

(2) *Alguma cousa movel ou de raiz.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 767 diz o seguinte :

« A doutrina e a pratica restringem o *penhor propriamente dito* aos objectos moveis. Quando os bens são immoveis, toma o nome de *antichrese*, se o devedor cede o goso delles para compensação dos juros do dinheiro emprestada O penhor confere ao credor um direito *real*, do mesmo modo que a hypotheca.

« Sempre que o objecto fôr corporeo o penhor he possivel, ainda que seja uma cousa fungivel — mesmo uma quantia de dinheiro. O art. 273 do Cod do Com. quando diz — *titulos da Divida Publica, acções de companhias ou empresas, e em geral quaesquer papeis de credito negociaveis em commercio*, deve ser entendido *demonstrativamente* e não *taxativamente* Todos os titulos de credito, quero dizer, os creditos de qualquer naturesa corporeamente representados pelos instrumentos de que constão, podem ser dados em penhor.

« Esse mesmo art. 273 do Cod. do Com. em sua segunda parte prohibe dar-se em penhor commercial *escravos* e outros semoventes, o que está revogado pelo cap. 2 § 12 da novissima lei hypothecaria de 24 de Setembro de 1864. »

A esta ultima parte oppõe-se Rebouças em suas *Obs.* á pag. 114 e 115, julgando duvidosa a interpretação que dá a lei hypothecaria nesta parte T. de Freitas na nota ao art. 767.

Consulte-se ainda a mesma nota em todo o seu contracto pela sua importancia.

Cumpre notar que sendo o penhor em bens de raiz, hypotheca, nunca esta se póde verificar em bens moveis (L. n. 1237—de 24 de Setembro de 1864 art. 2 § 1 n. 1, e Av. n. 273—de 27 de Julho de 1866).

(3) Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota *(b)* á pag. 89.

caso o penhor será estimado (1) depois do tempo da paga por dous homens bons juramentados e escolhidos pelas partes (2), convem a saber, per cada hum seu, e ficará arrematada ao crédor por o preço, em que for estimado (3).

M.—liv. 4 t. 26 pr. e § 1.

1. E se ao tempo do empenhamento fosse acordado entre as partes, que o penhor fosse arrematado ao crédor por o preço, que pelo crédor fosse estimado, mandamos que o empenhamento feito neste modo não valha cousa alguma (4); porque he grande presumpção, que facilmente se moverá a fazer a estimação não verdadeira, postoque lhe para isso seja dado juramento, e por tanto não he razão darmos-lhe azo para jurar o contrario da verdade (5).

M.—liv. 4 t. 26 § 2.

TITULO LVII

Que ninguem tome posse de sua cousa, nem penhore sem auctoridade de Justiça.

Sendo em algum contracto concordado pelas partes, que o crédor possa per sua auctoridade penhorar o devedor, não lhe pagando a divida a tempo certo, não poderá por tal convença penhorar per si (6), salvo achando o crédor o penhor de todo desembargado, e sem alguma contradição, em maneira que se não possa seguir rixa alguma (7) sobre a penhora. E em outra maneira não poderá o crédor fazer a penhora per si mesmo sem auctoridade da Justiça, ainda que no contracto lhe seja dado poder para por si a fazer (8).

M.—liv. 4 t. 5. § 1.

---

(1) *O penhor será estimado*, i. e., computados os fructos colhidos durante a epocha do apenhamento.

Esta estimação ou avaliação póde-se ajustar que seja extrajudicial, podendo em todo o caso o devedor suspender a venda, offerecendo-se á pagar a divida no prazo de 24 horas. Vide Ord. do liv. 3 t. 78 § 7 e art. 275 do Cod. Com.

Vide Barbosa no *com.* n. 4, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 160, e to. 4 nota (*b*) á pag. 90.

(2) Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) á pag. 90.

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 8 § 12 e 20, e liv. 3 t. 14 § 19, e Almeida e Souza—*Interdictos* pag. 16, 51, 67 e 306, e *Fasciculo* to. 2 pag. 263.

(4) Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 160, e nota (*a*) á pag. 646.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Ag. Barbosa—*Castigat.* n. 202.

(6) *Penhorar per si.*

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 646, e to. 4 nota (*c*) á pag. 92.

(7) Cessando esta causa póde fazer-se a penhora extrajudicial. Barbosa no *com.*

(8) Vide Lima no respectivo *com.*, Phæbo — *Dec.* 143 n. 4, Mello Freire—*Inst* liv. 1 t. 2 § 23 e 25; t. 8 § 12, liv. 3 t. 14 § 18, e *Hist.* § 58, Almeida e Souza—*Interd.* pag 17, 51 e 53, *Dir Emph.* to. 3 pag. 370, *Notas á Mello* to. 1 pag. 65, *Fascic.* to. 2 pag. 254, 265, 268, 273 e 279. importante *com.* desta Ord., e Corrêa Telles—*Interp.* § 120.

1. Nem outrosi poderá o crédor penhorar seu devedor, ainda que tenha sentença contra elle (1). Porque o penhorar se deve fazer por auctoridade de Justiça pelos Officiaes para isso deputados, salvo no caso dos alugueres das casas, como acima dissemos no tit. 23: *Dos alugueres das casas* (2).

M.—liv. 4 t. 5 pr.

TITULO LVIII.

Dos que tomam forçosamente a posse da cousa, que outrem possue (3).

Se alguma pessoa forçar, ou esbulhar outra da posse de alguma casa, ou herdade, ou de outra possessão, não sendo primeiro citado e ouvido com sua sua Justiça, o forçador perca o direito, que tiver na cousa forçada, de que esbulhou o possuidor, o qual direito será adquirido e applicado ao esbulhado, e lhe seja logo restituida a posse della (4). E se o forçador não tiver direito na cousa, em que fez a força, pagará ao fórçado outro tanto (5), quanto a cousa valer, e mais todas as perdas e danos (6), que na força, ou por causa della em qualquer modo receber. E posto que allegue, que he senhor da cousa (7), ou lhe pertence ter nella algum direito (1), não lhe seja recebida tal razão, mas sem embargo della seja logo constrangido restituil-a ao que a possuia (2), e perca todo o direito (3), que nella tinha, pelo fazer por sua propria força, e sem auctoridade de Justiça (4).

M.—liv. 4 t. 50. pr.

1. E esta pena de o forçador perder o direito, que na cousa tinha, haverá logar na força verdadeira; porque, se fosse quasi força (5), assi como se algum occupasse a posse de cousa vaga, que n o fosse per ordem corporalmente possuida, a qual o forçador cuidava ser alhêa, e depois achou, que era sua, será o forçador recebido a provar summariamente como a cousa he sua; e se o p ovar até quatro dias peremptorios por scriptura publica, ou por testemunhas nos casos, em que por nossas O denações po-

---

(1) Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (c á pag. 715, e nota (*b*) á pag. 717.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Almeida e Souza—no *Fascic.* to. 2 pag. 254 o melhor com. desta Ord.

(3) Vide Ord. do liv. 3 t. 48 § 5, e nota (2) á rub. da Ord. do liv. 3 t. 48, e nota (5) ao § 5 da mesma Ord., e Barbosa no *com.*

(4) T. de Freitas no art. 811 exprime-se desta fórma:

« Aos que pacificamente possuirem alguma cousa concede-se o remedio do *interdicto recuperatorio*, se forem injustamente esbulhados, para que de prompto sejão restituidos á sua posse. »

E na nota a este art. diz:

« Ord. do liv. 3 t. 78 § 3 e liv. 4 t. 58 pr. A posse que se protege com os interdictos possessorios, nem he a posse—*modus adquirendi*, principio do dominio, tanto na *occupação* das cousas sem senhor—*res nullius*, como na tradição feita pelo proprietario; nem he a posse, um dos elementos da prescripção adquisitiva—*usucapio*. Os interdictos possessorios derivão de obrigações *ex delicto*, pertencem á classe dos *direitos pessoaes*, e não podem ser intentados contra todo o possuidor; posto que por Direito Canonico se introduzisse o contrario subvertendo-se os verdadeiros principios que dominão esta materia. »

(5) *Pagará ao forçado outro tanto*

Esta pena está em desuso.

Vide nota (5) ao § 5 da Ord. do liv. 3 t. 48 § 5, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to 2 nota (*a*) á pag. 265

(6) *E mais todas os perdas e damnos*. He sòmente o que se costuma demandar com a restituição do objecto.

Vide Pegas—*Forens* cap. 11 de n. 211 em diante, e *de Interd* cap. 4 n. 140, Cordeiro—*Dub* 46 de n. 33 em diante, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 265.

(7) T. de Freitas na *Consol.* art. 817 nota (3) diz o seguinte sobre este ponto desta Ord.:

« Ord. liv. 3 t. 40 § 2 t 78 § 3, e liv. 4 t. 58 pr. Os interdictos possessorios são mui protegidos.

« Delles se conhece em ferias (Ord liv. 3 t. 18 § 11, e D. n. 1285—de 30 d Novembro de 1853 art. 3 § 5).

« O Juiz póde fazer perguntas (*o que não se usa*) em qualquer estado da causa (Ord. liv. 3 t. 32 pr.).

« Não se admitte reconvenção, para que não seja impedida a restituição da cousa esbulhada (Ord. do liv. 3 t. 33 § 4).

« O Desembargo do Paço expedia tambem cartas para manter essa posse, e restituitorias da posse em favor dos esbulhados (Ord. liv. 1 t. 3 § 6, e liv. 3 t. 85 § 1); o que cessou pelo art. 7 da L. de 22 de Setembro de 1828. »

Entretanto se o esbulhador evidentemente mostra que a propriedade he sua, parece de razão que seja mantido na posse, e não privado (Ass de 16 de Fevereiro de 1786 no segundo quisito), por quanto, como bem declara o Ass *in fine*, seguir-se-ia um absurdo visivel se outra cousa se determinasse (Cordeiro—*Dub* 50)

Os embargos de terceiro e senhor da mesma cousa tambem se não admittem *ex vi* do § 4 do t 51 deste liv (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to 2 nota (*a*) á pag. 264).

(1) No caso da Ord do liv 3 t 45 § 10, pagão tambem os possuidores de má fé as custas em dobro, para quo aliás, diz-se, não he usada.

A pena corporal decretada na mesma Ord., não tem hoje applicação em vista do Cod Crim, que não pune esse fingimento, salvo recorrendo-se no § 4 do art. 264, que tudo poderá comprehender em sua lata interpretação

Vide T. de Freitas—*Consol.* arts. 922 e 923 e notas.

(2) Mas se o possuidor he de má fé incorre nas penas desta Ord., e fica obrigado á restituição de todos os fructos ou rendimentos desde o começo da posse, em vista da doutrina da Ord. do liv. 2 t. 53 § 5.

O terceiro, possuidor de cousa litigiosa, ignorando o litigio, nem tendo razão para saber, deve ser citado e summariamente ouvido no processo da propria execução, na conformidade da Ord. deste liv. t. 10 § 9, a qual segundo refere T. de Freitas na *Consol* art 926 nota (4), não he executada no fôro. Eis suas palavras:

« Nossos Juizes, não obstante essa legislação tão expressa, tão justa, mostrão-se unicamente escrupulosos em taes execuções contra terceiros, que (dizem elles) não forão ouvidos nem condemnados; de modo que accumulão-se processos sobre processos, sem a menor necessidade »

(3) Vide Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 453.

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—Decs 18, 22, 24 91, e 108, Themudo—p. 1 *Dec.* 2 de n. 16 em diante, Cordeiro—*Dub.* n. 15, Mello Freire—*Inst.* liv 1 t 2 § 25. e liv 4 t. 6 § 31. e Almeida e Sousa—*Interdictos* pags. 178, 208 e 268, e *Dis* t 3 pags. 311 e 334, *Fascic* to. pags. 261 e 268, e *Anal.* pag. 158

(5) *Quasi força*, para differençar este esbulho do de que trata a Ord. deste t. pr., denominado—*força verdadeira*.

dem ser recebidas, será relevado da dita pena, e de qualquer outra, que no caso couber. Porém sem embargo de o assi provar, será o esbulhado restituido a sua posse (1). E sendo restituido, poderão litigar ordinariamente sobre a propriedade. E não provando dentro nos quatro dias como era sua, perderá de todo o direito, que na cousa tinha, sem lhe ser dado nunca mais tempo para provar como era sua (2).

M.—liv. 4 t. 50 § 1.

2. Outrosi, não incorrerão nas ditas penas as pessoas, a que por direito he outorgado, que possão commetter força; assi como se hum for forçado da posse de alguma cousa, e a quizer logo por força recobrar (3), podel-o-ha fazer. E quanto tempo se entenderá este *logo*, poderá em arbitrio do Julgador (1), que sempre considerará a qualidade da cousa, e o logar, onde stá, e das pessoas do forçador e forçado. Porque, sendo a força feita por homem de pequena condição a outro tal, entender-se-ha esta palavra *logo*, antes que o forçador se occupe em outro acto separado, e diverso do da força.

E sendo a força feita por Fidalgo, Cavalleiro (2), ou outra pessoa poderosa em cousa de grande substancia em lugar onde o forçado não possa tão asinha (3), ajuntar gente, com que possa recobrar a cousa, forçada, deve-se entender a palavra *logo*, que tenha o forçado spaço, em que convenientemente possa chamar seus parentes e amigos para cobrar a dita cousa.

Assi que tudo isto ficará no arbitrio do Julgador (4): por quanto poderá isto acontecer entre taes pessoas, e sobre tal cousa, em que bastará para o que dito lhe, dous ou trez dias, ou em que não bastarão dous mezes (5).

M.—liv. 4 t. 50 § 2.

3. E se alguem comprar alguma cousa, ou a houver por via de escaimbo, ou doação, ou por outro titulo semelhante (6), e na

---

(1) T. de Freitas em nota ao art. 819 da *Consol.* diz o seguinte:

« Supprimo a outra determinação deste § sobre a restituição da posse, não obstante a prova em contrario sobre a propriedade, porque repugna com a sã doutrina do Ass. de 16 de Fevereiro de 1786 que tenho aproveitado

« O Sr. Rebouças nas *Obs* á este art., entende que não deverá ser supprimida a determinação da Ord. do liv. 4 t 58 § 1 sobre a restituição da posse á despeito da prova do dominio, e sua argumentação se reduz á necessidade de uma acção ordinaria, para que o dominio seja amplamente discutido, e se possa alcançar a notoria evidencia de que falla o Ass de 16 de Fevereiro de 1786.

« Tal censura não he contra nós, he só contra o citado Ass., que reputou possivel a notoria evidencia do dominio nos *interdictos restitutorios*, que não são acções ordinarias. Rejeite-se ou não o Assento. Rejeitado prevalecerá a censura. Não rejeitado, deviamos nos ser coherentes com a regra do nosso art. 818! »

Vide Corrêa Telles—*Dout. das Deç.* § 191 nota 3.

(2) O esbulhador depois de cahir da acção de força póde interpôr a de reivindicação, se estiver no caso deste §. Mas vencendo esta, ainda o esbulhado póde oppôr-lhe a acção de força para conservar a posse em que estava, quando foi forçado.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com*, Cordeiro—*Dub.* 43 n. 11, Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 264. e Almeida e Sousa—*Interdictos* pag. 197.

(3) *Logo por força recobrar.* T. de Freitas na *Consol* e nota diz o seguinte:

« Concede-se mesmo que o possuidor esbulhado possa desforçar-se, e recuperar por authoridade propria sua posse, com tanto que o faça *logo*. »

Em nota, continúa:

« A Ord. do liv 3 t. 78 § 5 he applicada pelos Praxistas aos interdictos—*retinendæ possessionis*. A Ord. não falla em posse, diz—*offender na pessoa—tomar suas cousas*. Estes factos dão hoje lugar aos *termos de segurança*, de que tratão as leis do Processo Criminal.

« A Ord. do liv. 3 t. 78 § 5 (Rebouças—*Obs.* á este art.) authorisa as manutenções, pondo-se ao abrigo tutelar da authoridade judicial o que se temer de outro que queira sem razão occupar e tomar suas cousas. Mesmo quanto ao temer alguem de outro que o queira offender na pessoa, não he hoje que tem lugar os termos de segurança de que tratão as leis do Processo Criminal, por quanto em todos os tempos tiverão lugar os termos de caução ou de segurança e bem viver, etc.

« Vendo-se não menos bem que uma só das causas de que trata a citada Ord., a respectiva ás offensas á pessoa, he que dá lugar hoje como em todos os tempos, aos termos de segurança; continuando a outra causa a pertencer as Justiças civis, *scilicet*, o de temer alguem ou outros que lhe queirão sem razão occupar e tomar suas cousas. »

« Pode-se conceder, continúa T. de Freitas, que a Ord. citada refere-se as manutenções de posse na parte em que falla da occupação, de cousas, não obstante a intelligencia que lhe dá Corrêa Telles—*Dout. das Acç.* § 192 nota.

« O que porém não se póde conceder he que os termos de segurança (da legislação antiga ou moderna) não possão tambem ter por causa o temor de esbulho ou occupação de cousas. O art. 12 § 3 do Cod. do Proc. Crim. diz em geral: *legalmente suspeitos da pretensão de commetter algum crime*. O art. 112 do Reg. de 31 de Janeiro de 1842 diz com a mesma generalidade:—*justa razão para temer que outra pessoa tente um crime*.

« Quem não sabe que os crimes commettem-se contra a pessoa, e contra a propriedade? »

(1) Attende-se sempre as circumstancias do esbulho, e a distancia da residencia das authoridades.

(2) Com a nova ordem de cousas estabelecida no Imperio, cessou essa distincção de Fidalgo e de Cavalheiro.

(3) *Tão asinha*, i. e., tão depressa., sem demora, em breve tempo.

(4) *Arbitrio do Julgador*.

Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 1 art. 686 nota (*a*) diz, que—parece melhor fixar um termo, do que deixar isto ao arbitrio do Juiz, como autorisa esta Ord.

(5) Em quanto se não passa *anno e dia*, a acção contra o esbulhador he chamada de *força nova*, que he summaria, mas excedendo esse prazo, a acção se chama de *força velha*, e o curso he ordinario.

Vide Ord. do liv. 2 t. 1 § 2, e liv. 3 t. 30 § 2 e t. 48, assim como Corrêa Telles—*Dout. das Acç.* § 189,—Pereira e Sousa—*Prim. Lin.* nota 948, e Ramalho—*Prat.* p. 2 t. 3 cap. 5 n. 5.

« Sob o influxo do Direito Canonico, diz T. de Freitas, a Ord. do liv. 2 t. 1 § 2 diz—*em qualquer cousa, assi movel como de raiz*; mas o esbulho das cousas moveis he um *furto*, que dá lugar a acção criminal do art. 257 do Codigo Penal. »

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 2 § 25, liv. 3 t. 2 § 2, e liv. 4 t. 6 § 31, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 2 pag. 178, *Interdictos* pag. 18, 20 e 216, e *Notas á Mello* to. 1 pag. 67.

(6) *Por outro titulo semelhante.* Neste caso estão tambem as decisões de ultima vontade, *testamento e codicillo* (Ord. deste tit. § 4), decisões judiciarias (Ord. do liv. 1 t. 78 § 8, e t. 79 § 14 nas palavras—*posses que forem tomadas por vigor de sentenças ou mandados de Justiça*), e ainda as disposições legaes (Alv. de 9 de Novembro de 1754, e Ass. de 16 de Fevereiro de 1786).

scriptura do contracto lhe foi dado poder por aquelle de quem houve a dita cousa, para tomar e haver a posse della, dimittindo de si e desemparando a dita posse, em taes casos, e cada hum delles, o que houve a cousa, poderá haver e cobrar a posse della, não achando quem lha contradiga (1).

E os Tabelliães, sem outro mandado de Justiça (2), lhe poderão dar instrumentos publicos de como tomarão a posse (3), vendo primeiro as Cartas das compras e escaimbos, ou doações, feitas sobre as ditas cousas aos que quizerem tomarem posse dellas; e não vendo elles as Cartas, ou algum justo titulo, por que a cousa lhes pertença, não lhes dêm instrumentos de taes posses, que assi quizerem tomar, sem special mandado e auctoridade de Justiça.

E fazendo-o em outro modo pagarão á parte, a que pertencer, a perda e dano, que sobre isso se lhe recrescer, e Nós lho estranharemos, como áquelles, que passão nossos mandados (1).

M.—liv. 4 t. 50 § 3.

4. E sendo mostrado aos Tabelliães titulo justo, assi como testamento (2), codicillo (3),

---

Por este Alv. a posse civil dos defunctos passa logo nos bens livres, da morte do testador aos herdeiros.

Nos vinculos, Morgados e prasos passa aos nomeados á investidura.

Em ambos os casos a posse natural se transfere com todos os seus effeitos, sem se faser necessario que ella se tome. Havendo quem a dispute, tem de fasê-la sobre a propriedade somente, e pelos meios e acções regulares e competentes.

(1) Cumpre ver em Almeida e Sousa — *Fascic.* to. 2 *Diss.* 8 cap. 2, uma analyse completa deste §, e a sustentação da opinião de Caldas — *de Emptione* cap. 25 n. 57, contra a de Lima no *com.* n. 7, entendendo este que o comprador ou Donatario pode tomar a posse conforme esta Ord da cousa vendida ou doada, se a residencia do vendedor ou Doador, he só em palavras, sem o emprego das armas, contra a de Caldas, que nestes casos entende que a posse só poderia faser-se judicialmente por meio do Magistrado.

T. de Freitas na nota (4) no art. 908 da *Consol.* diz o seguinte:

« A tradição feita pelo verdadeiro proprietario transfere o dominio; a tradição feita *à non domino* he o germen da prescripção adquisitiva, havendo boa fé no adquirente; e esta propriedade nascente— *propriedade putativa*, he protegida pela acção Publiciana.

« Quando se diz que para a acquisição do dominio não basta simplesmente o titulo, *deve-se entender acquisição de dominio em virtude de actos entre vivos*.

« Quando se diz que deve acceder a tradição, deve-se entender em relação aos actos entre vivos, ou antes contractos, que tem por fim a entrega da propria cousa; e não em relação á cessão do direito que se tenha para intentar uma acção de reivindicação — *Incorporales res traditionem non recipere manifestum est*. L 43 § 1 Dig. *de adquir. rer. dom.* »

E em nota (3) ao art. 909 diz:

« O costume, em accordo com as doutrinas de Direito Romano, tem canonisado a *tradição symbolica* em muitos casos (arts. 199 e 200 do Cod. Com.). A *tradição ficta* da clausula— *constituti*, he usual em nossas escripturas. »

E no art. 914:

« Uma vez adquirido o dominio, presume-se que continúa até que se mostre o contrario (Ord. do liv. 3 t. 53 § 3). O mesmo acontece quanto á posse. Quem provar que possuia por si, ou por seus antepassados, presume-se ter possuido *sempre* sem interrupção. »

O presente § falla tão sómente da faculdade dada pelo transferente para se tomar posse, mas no § 4 ha ainda a dispensa desta faculdade, contentando-se o Legislador com a exhibição do titulo.

(2) *E os Tabelliães*, etc.

Rebouças nas *Obs* ao art. 913 da *Consol.* á pag. 239 diz o seguinte, acerca dos Tabelliães da Côrte:

« Até muito pouco tempo os Tabelliães no Brazil o erão do *Judicial* e de *Notas*, e assim os desta Capital. Sem acto algum do Poder Legislativo os Tabelliães desta Capital ha algum tempo ficarão sendo somente de *Notas*.

« Quaes serão os Tabelliães do Judicial? Tambem não consta que os haja creados separadamente por Lei, ou que por Lei ficassem sendo *Tabelliães Judiciaes*, e com cartas que assim os denomine os *Escrivães* que servião contemporaneamente á esses *Tabelliães do Judicial* e *Notas*, e depois da mencionada separação continúa a existir. »

(3) T. de Freitas na nota (2) ao art. 913 da *Consol.* diz o seguinte, referindo-se aos instrumentos de posse que tomão os Escrivães por virtude de sentenças ou mandados do Juiz:

« Ord. do liv. 1 t. 78 § 8 e t. 79 § 14. Os Indices de Ribeiro e Borges Carneiro dão noticia da Carta Regia de 5 de Dezembro de 1617, que prohibio admittirem-se clausulas nas posses. »

Essa Carta Regia, que se pode lêr na *Coll.* Justino, refere-se ás posses do cargo de Desembargador.

(1) Vide sobre este § a Ord. do liv. 3 t. 45 § 10, Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 558; e to. 4 nota (*a*) á pag. 161, Themudo—p. 1 *Dec.* 24, Mello Freire — *Inst.* liv. 1 t. 2 § 25, liv. 3 t. 2 § 8, e Almeida e Sousa — *Interdictos* pag 17, 51, 54 e 116, *Acç. Sum.* to. 2 pag. 312, *Notas á Mello* to. 3 pag. 76, e *Fascic.* to. 2 pag 254, 263, e 279.

E sobre a Ord. supracitada do liv. 3 t. 45 § 10 consulte-se T. de Freitas—*Consol.* art. 922 nota (3), e art. 923 nota (1).

(2) *Testamento.* Almeida e Sousa na *Diss.* 8 do to. 2 do *Fascic.* cap 3 § 34 diz:—que em outro tempo antes do Al. de 9 de Novembro de 1754 estava entendido na praxe que o nosso § 4 só facultava o ingresso na posse apresentado ao Tabellião o testamento, quando a posse estava— vaga, e não estava occupada, nem havia contradictor. »

E depois de citar Pegas—*Forens.* cap. 9 n. 394, Moraes—*de Execution* liv. 1 cap. 4 § 3 n. 67, Valasco — Cons. 191 n. 11 e 12 e *de Partit.* cap. 3 de n. 1 continúa:

« O mesmo pois á *fortiori* he hoje praticavel depois do dito Alv., que *ipso jure* transfere a posse ao herdeiro *escripto*, com todos os effeitos do naturál, sem que seja necessario que esta se tome: E esse acto, que o herdeiro vai exercitar com o Tabellião, he hoje ou superfluo, ou se serve, he uma ratificação da posse já transferida por Lei.

Em nota diz:

« O mesmo procede hoje em todos os casos, que comprehende o dito Al. e a que foi ampliado pelo Ass. de 16 de Fevereiro de 1786: o contradictor que se acha intruso na posse, e que a apprehendeu depois da morte do testador, he o proprio espoliador, ou turbador da posse do herdeiro, e não este do da delle: e pode o herdeiro, ou conservar-se, e usar contra esse, que a occupou, do remedio da *manutenção*, ou desampara-la, e usar do remedio *recuperandæ*, ou usar judicialmente do remedio *adpiscendæ possessionis*; pois todos estes remedios lhe fornece alternativamente a posse transferida pelo dito Alv. e Ass. (Guerreiro — *Trat.* 3 liv. 6 cap. 42 n. 14). E se o herdeiro escripto pode com mão armada expellir esse espoliador? »

(3) *Codicillo.*

Almeida e Sousa no § 36 do cap. 3 da *Diss.* 8 do to. 2 do *Fasciculo* tratando deste ponto da presente Ord. explica-se por esta forma:

« Os nossos Reinicolas, que escrevêrão antes do dito Alv. (de 9 de Novembro de 1754), entendião que esta Ord. § 4 só podia desculpar do espolio ao Legatario, quando (segundo uma das limitações do Direito Romano) achava *vaga* a posse do Legado, quando na forma da dita Ord. a apprehendia (Moraes—*de Execut.* liv. 1 cap. 4 § 3 n. 67, e Pegas — *Forens.* cap. 9 n. 394). »

ou Carta de aforamento (1) feita pelo senhorio da cousa, per que se mostre pertencer a cousa á péssoa, que della quer tomar posse (2); posto que na scriptura não lhe seja dado poder para a tomar, não deixarão porém de dar instrumento de tal posse, ainda que se tome sem auctoridade de Justiça (1).

M.—liv. 4 t. 50 § 4.

TITULO LIX.

Dos fiadores (2).

O fiador não deve ser demandado em algum caso, até que o principal devedor seja primeiro demandado, e condenado, e feita a dita execução, no que se não poder haver pelos bens do principal, poderá ser demandado o fiador (3). E isto haverá lugar, quando o devedor principal fôr presente na Villa onde fôr morador, ou em seu Termo.

« Podião tambem diser, que o Legatario podia occupar a posse nos casos das mais limitações do Direito Romano »

E no § 37 continuando diz:

« Que deverá pois praticar-se hoje depois do dito Alvará, que transferindo a posse da herança do herdeiro escripto, sem distincção alguma, não contemplou os Legatarios, nem supposto o mesmo Alv., ha intervallo, em que a posse esteja vaga? »

No § 38 apresenta a sua opinião deste modo:

« Eis aqui o meu discurso; a nossa Ord liv. 4 t. 58 § 4 procedia antes do dito Alv.; e então só praticavel em favor do Legatario, quando a posse da cousa legada estava vaga (§ 35). Depois do Alv., que transfere a posse no herdeiro, não ha vacatura da cousa legada (§ 37), nem póde verificar-se o caso, em que o Legatario entra na posse vaga do Legado. Cessa pois, hoje em favor do Legatario o nosso § 4

« Pode ser que a herança seja insolvavel ás dividas do Testador, ou que entre os Legatarios, depois de pagas as dividas deva haver rateio: tudo isto só pode bem apurar-se, conservando-se os Legados na mão do herdeiro

« Elle por tanto, pelo beneficio do dito Alv. (que não contemplou os Legatarios), pode usar dos remedios, que a posse legal lhe confere contra o intruso Legatario, para que, mediante um inventario, um calculo das dividas, ou um rateio dos Legados, se apure o quanto póde, e deve surtir effeito o tal Legado. Quanto mais que o Legatario tem neste Reino a providencia de pedir o Legado por assignação de dez dias (Moraes—supra n 56, Silva á Ord liv. 3 t. 25 *in pr.* n 19, Pegas—*Forens.* cap. 1 n. 29, e Mello—*Inst.* liv. etc.).

E isto he o que se deve aconselhar, e seguir mais seguramente para se evitar tanta duvida que póde fazer a nossa Ord. § 4 com os effeitos do dito Alv.; e porque supposto ella não póde o Legatario tomar posse do Legado. »

Vide nos *additamentos* a este liv. o Al. de 9 de Novembro de 1754.

(1) *Carta de aforamento.*

Consulte-se Almeida e Sousa—*Fascic.* to 2 *Diss.* 8 cap. 3 § 3, em que se acha explicada esta Ord., cujo fundamento vem a ser, que pelo facto da carta de aforamento o senhorio demittindo de si o dominio util, tambem demitte logo a posse natural, e por tanto não he necessario que se expresse na carta a faculdade de entrar o emphyteuta na posse, a menos que não haja alguma cousa que o embarace.

(2) Almeida e Sousa na *Diss.* 8 já citada cap. 3 § 32 diz o seguinte:

« Não póde interpretar-se (esta Ord), sem se cahir em absurdo, que este § nos trez casos, que especifica, permitta o ingresso na posse *ainda havendo quem a contradiga*; e deve suppor-se que fallou nos mesmos casos debaixo de presupposição do tit. 57 no pr., e no § 3 do mesmo tit. 58, como *retento eodem themate*: porque aliás repugnarião os já expostos principios (§ 3, 4 e 5); autorisaria instrusões injustas, espolios violentos; privaria os terceiros das suas posses, etc., contra todo o systema natural, politico e civil.

« E toda a Lei, ou deve interpretar-se em termos, que da sua litteral interpretação não resultem absurdos; ou o menos expresso em uma lei deve entender-se pelo mais claro em outra parallela: muito mais reflectindo-se que se o tit. 57 e o tit. 58 § 3 não permittem a execução de uma faculdade expressa, *havendo quem contradiga a posse*; ainda menos se póde subentender permittido este ingresso, havendo contradictor nos casos especialisados no dito § 4, aonde o ingresso se *permitte* á face do testamento, codicillo, ou aforamento, posto que na escriptura não seja dado poder para tomar a posse.

« O mysterio pois só consiste em dispensar nos trez casos o não ser precisa em qualquer delles a concessão da faculdade do ingresso na posse, como nos casos do § 3 já vimos ser *essencialmente* necessario (§ 20 e 21): assim se vê entendido este § 4 pelo Senador, apud Pegas—*Forens* to. 2 cap. 9 n. 594). »

(1) Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) á pag 161, citando varios Reinicolas diz, que segundo esta Ord., havendo titulo, póde-se tomar posse de alguma cousa, que esteja vaga, sem dependencia de Tabellião; com tanto que não exista contradictor.

E até sem titulo, e sem autoridade do Juizo póde fazê-lo estando a cousa nas condicções mencionadas, por isso que o titulo só he indispensavel quando a posse deve ser tomada por Tabellião; e neste caso se acha o herdeiro. No que concorda Lima no *com.* ao § 3 n. 8.

Cumpre notar que Silva Pereira escrevia antes da publicação do Al. de 9 de Novembro de 1754, e portanto sua opinião deve confrontar-se com a de Almeida e Sousa na *Diss.* supracitada.

Vide Lima no respectivo *com.*, Caminha—*de Libellis* ann. 78, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 6 § 32, Almeida e Sousa—*Interdictos* pag. 17, 51 e 116, *Fascic.* to. 2 pag. 254 e 259, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 n. 610 e 611.

(2) A fiança, segundo Coelho da Rocha § 880, he a promessa que faz uma ou mais pessoas, de satisfazer a obrigação de um terceiro, para melhor segurança do credor.

He um contracto accessorio porisso que suppõe a existencia de outro como por ex. uma divida, ou obrigação principal.

A fiança póde ser *legal*, quando he exigida pela Lei, como no caso da entrega dos bens de ausente: *judicial*, quando he ordenada pelo Juiz: e *convencional*, quando he estabelecida por contracto, i. e., promessa do fiador, e acceitação voluntaria do credor, como no caso desta Ord.

Consulte-se sobre o presente tit. além de Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, maxime o do ultimo que he importante, Corrêa Telles—*Dig Port.* to. 1 de n 421 á 455 e *Dout. das Acç* de § 335 á 341, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* de § 879 á 887, Loureiro—*Dir. Civ. Braz* de § 705 a 710, T. de Freitas—*Consol.* ao art 776 á 797, Rebouças—*Obs.* aos arts. 782, 786 e 789, e Ramos—*Apont.* do art. 1568 á 1609.

A doutrina do Cod. Com. nesta materia se acha consignada no tit. 2 da p 1 cap. 1 e 2.

Consulte-se tambem Cardoso—*in Praxi* na palavra *Fidejussor*.

Todo este tit. tem por fonte a Novella quarta caps. 1 e 2.

(3) O direito de ser primeiro executido o devedor tambem tem cabimento nas execuções fiscaes. He o que se chama beneficio ou excepção de *ordem* ou de *excussão*, e tambem de *discussão* (Ord. do liv. 3 t. 52 § 4, e deste liv t. 61 § 8).

Cessa este beneficio nos casos apontados neste e nos seguintes §§; assim como nas fianças das Rendas Publicas, e nas commerciaes.

E sendo elle ausente (1) da dita Villa e seu Termo, poderá o fiador ser demandado, e condenado, sem o ser primeiro o principal devedor. E poderá o fiador se quizer, haver spaço (2) para ir buscar o devedor, e traze-lo ao Juizo onde com Direito deve ser demandado. E trazendo-o, então deve ser feita a demanda contra elle, como se fosse presente. E não o trazendo, então poderá o fiador ser demandado, e condenado, sem o principal o ser primeiro. Porém, ainda que o principal devedor seja presente, se elle fôr tão pobre (3), que não possa pagar a divida, e o Juiz fôr disso certificado, poderá o fiador ser demandado em aquella parte, a que os bens do devedor não poderem bastar (1).

M.—liv. 4 t. 46 § 1.

1 E bem assi, ainda que o principal devedor seja presente, e bastante, e não seja primeiro demandado, poderá ser demandado o fiador, quando negasse ser fiador (2), porque por assi negar a verdade, não deve gozar do privilegio por Direito outorgado aos fiadores, que he que não possão ser demandados pelo credor, sem primeiro ser demandado o devedor (3).

M.—liv. 4 t. 46 § 1.

2 E no caso onde os fiadores renunciassem expressamente esta Lei, dizendo que sem embargo della queriam ser demandados, e condenados sem o principal devedor ser primeiro demandado, e condenado, guardar-se-ha o que entre as partes fôr acordado (4).

M.—liv. 4 t. 46 § 2.

3 E quando se obrigassem como fiadores, e principaes pagadores (5), ou como principaes pagadores sómente, posto que nao renunciem esta Lei nem outra alguma, sempre podem ser demandados primeiro que o principal devedor, posto que stê presente, e tenha por onde pagar.

M.—liv. 4 t. 46 § 3.

4 E sendo dous homens, ou mais fiadores de hum, se na fiança declararem a parte porque cada hum se obriga, essa será cada hum obrigado a pagar, e nesse mesmo modo,

---

Sobre as primeiras eis o que diz T. de Freitas em nota ao art 789 § 7:

« Assim se tem entendido a L. de 22 de Desembro de 1761 tit. 2 § 31, depois que o D. do 1º de Setembro de 1779 tornou a admittir as fianças. Antes não era assim, como vê-se no Regim. de 1516 caps. 112 e 173.

« Contesta o Sr. Rebouças (*Obs* á este art. § 7) a intelligencia que se tem dado á L. de 22 de Desembro de 1761 § 31 Não justifiquei tal intelligencia, apenas a indiquei. Este privilegio da Fazenda Nacional, attestado por tantos exemplos, abona-se com as *Instr.* de 31 de Janeiro de 1851 art. 16, e com o *Manual do Procurador dos Feitos* § 93 e seguintes. »

Eis a integra do art. 16 das mesmas Instrucções:

« Esta execução de sentença por divida fiscal tem lugar não só contra o devedor e *seus fiadores*, mas tambem contra seus herdeiros, contra qualquer possuidor dos bens hypothecados, e contra os devedores dos devedores, se as dividas delles tiverem origem fiscal. »

Pelo que respeita ás fianças commerciaes diz o mesmo Jurista em nota ao dito art § 6:

« Não se pode autorisar esta disposição com o art. 258 do Cod. Com., por que a palavra *solidaria*, ahi empregada indica a obrigação de pagar o total da divida, quando ha mais de um fiador; mas o art 261 suppõe que o fiador póde ser executado com preferencia ao devedor originario. Veja-se o art. 591 do *Reg. Com.* n. 737. »

Nas fianças *judiciaes* o credor póde executar pela mesma sentença que obtiver contra o devedor (Ord. do liv. 3 t. 86 § 3 e t. 92).

« Nisto, diz T de Freitas, o fiador *judicial* se distingue do fiador do contracto, visto que este não póde ser executado pela sentença proferida contra o principal devedor, porém deve ser previamente ouvido e condemnado. »

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 424, e nota (*c*) á pag 432.

(1) *E sendo elle ausente*

Estando ambos ausentes devedor e fiador, póde ser executado o mais proximo. E se os bens do devedor estão fóra do lugar da jurisdicção do Juiz, pode-se faser penhora nos do fiador, que se acharem dentro da jurisdicção.

Outro tanto se dá, achando-se os bens do devedor enredados e de difficil solução.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 424.

(2) *Haver spaço.*

Concorda esta Ord. com a do liv. 3 t. 92 pr.

Este espaço não póde ser concedido ao fiador, se o devedor estiver fóra do Paiz, ou em lugar remoto, por argumento da Ord do liv. 3 t. 54 § 12: e assim attesta que fóra julgado em seu tempo o Dez. Oliveira.

Vide Silva *com.* á Ord. do liv. 3 t. 92 pr. n. 4, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 425.

(3) *Se elle for tão pobre.*

Silva no *com.* á Ord. deste liv. t. 3 pr. n. 60 o refere julgado.

Vide Ord. do liv. 3 t. 37 § 1, e t. 92 pr., e Silva Pereira—*Rep. das Ords* to. 2 nota (*a*) á pag. 428.

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, que são importantes, Ag Barbosa—*Castigat.* ns 212 e 213, Phœbo—p 1 *Ar.* 55, Pereira de Castro—*Dec* 17, 20 e 39, Mello Freire—*Inst* liv 4 t. 3 § 28, t 22 § 19, Almeida e Sousa—*Acç Sum* to 2 pag 34, *Dir. Emphy.* to. pag. 186, *Seg. Lin.* to 1 pag 266, e *Fascic.* to. 2 pag. 95, Pereira e Sousa—*Prim. Lin.* nota 297, e Ramalho—*Pratica* p. 1 t. 9 § 2 nota (*a*).

(2) *Negasse ser fiador*

A menos que não exista causa provavel de sua ignorancia (Pegas—*Forens.* cap 3 n. 507). E he mistér que o fiador seja disto convencido, pois não bastaria a a simples negação extrajudicial, podendo-se ainda revogar a negação antes da lide contestada (Barbosa no *com.* n. 2, e Lima—n. 2).

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 425.

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com*, e Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 28, e t. 22 § 19.

(4) Este he o terceiro caso de perda do beneficio de excussão pela renuncia. E este beneficio reputa-se *renunciado*, quando o fiador demandado não oppozer a excepção antes de contestada a lide.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* t. 2 nota (*c*) á pag. 426, Moraes—*de Execut* liv. 5 cap. 11 n. 13, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 599

(5) *Fiadores e principaes pagadores.*

Quarta excepção á regra do princ. deste tit.

Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 1 art. 424 diz o seguinte:

« Ao fiador, *que fôr rustico*, antes que elle se obrigue como *principal pagador*, deverá advertir-se a força desta clausula, e se convém em renunciar ao *beneficio de ordem*.

e maneira que se obrigarem (1). E quando não declararem a parte em que se cada hum obriga, ficará cada hum obrigado *in solidum*, e o credor poderá demandar qual elle quizer pelo todo (2). O que mandamos que se cumpra, sem embargo de por Direito Commum o contrario ser determinado(3), porque queremos que as partes cumprão nesse caso, o que fiarem (4) expressamente, ou o que são obrigados, sem mais ser necessaria renunciação de alguma Lei, para cumprirem o que dito he.

E mandamos, que nenhum Escrivão, ou Tabellião ponha a tal renunciação, pois fica de nenhum effeito (5).

M.—liv. 4 t. 46 pr.

TITULO LX.

Do homem casado que fia alguem sem consentimento de sua mulher (6).

Se algum homem casado ficar por fiador de qualquer pessoa sem outorga de sua mulher (1), não poderá por tal fiança obrigar a metade dos bens que a ella pertencem. E sendo casados por dote, e arras, não poderá obrigar os bens que per o contrato dotal pertencem á parte de sua mulher.

E isto queremos que não haja lugar, assi indistinctamente nas fianças que forem feitas em

---

E em nota diz :

« *Desideratur*. Todos os dias se vêm vexames em taes pessoas, filhos de ignorancia invencivel ; vexames que terião evitado, se tivessem sido advertidas do laço »

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 426, Almeida e Sousa—*Diss. Jurid.* pag. 108, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 599.

(1) He este o *beneficio* chamado de *divisão* de que gozão os fiadores nestas condições.

A falta de declaração da obrigação á que se sujeitão, subordina-os á pena da obrigação *in solidum* pelo total.

(2) Vide nota precedente.

E o que paga por todos póde exigir do credor que lhe ceda as acções, que tem para cobrar dos co devedores, de cada um sua parte (Ord. do liv. 3 t. 92 pr.).

Vide Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 419, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 n. 435.

Coelho da Rocha no scholio ao § 884, exprime-se por esta fórma :

« Por Direito Romano o fiador, que tinha pago, não podia demandar o devedor, nem os co-fiadores, sem que o credor cedesse as acções competentes (L. 14 Cod. *de fidejuss.*). A nossa Ord. liv. 3 t. 92 *não he liquida* á este respeito; e Mello liv. 4 t. 3 § 28, seguio ainda o Direito Romano. »

Neste § Coelho da Rocha sustenta a doutrina de que o fiador, pagando a divida fica subrogado em todos os direitos do credór sem necessidade de cessão, podendo exigir o seu pagamento, juros e custas por meio de simples habilitação.

Vide tambem o scholio ao § 886 da mesma obra.

Neste § diz Coelho da Rocha, que por *equidade* permitte-se ao demandado fazer citar os outros co-devedores para assistirem á causa, com a comminação de serem condemnados na mesma sentença, e por esta soffrerem execução *pro rata* (L. 10 § 1 Cod. *fidejur*, e *Ref. Jud.* art. 658).

(3) A antiga lei Romana obrigava *in solidum* os co-fiadores, mas depois do Imperador Adriano deu-se-lhes o beneficio de divisão, que recusou esta Ord. no caso na mesma apontado (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 428).

(4) Todas as edições dizem — *ficarem*.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com* , Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 §§ 28 e 30.

(6) Vide Barbosa no respectivo *com*.

O D. de 6 de Julho de 1693, declarou que nos casos, em que a Ord. alterar alguma cousa, que respeite aos Regimentos se ha de guardar o que estiver disposto na Ordenação, ficando no mais em seu vigor os Regimentos.

Ora o Regimento de que trata este Decreto era o da Fazenda que no cap. 170, no caso de que trata esta Ordenação, era mais favoravel as mulheres.

O Legislador preferio seguir nesta parte a legislação em que o Fisco mais interessava.

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t 12 § 119 n. 17 nota diz, que a dáta deste D. era 1695 e não 1693, o que contesta Justino em sua *Collecção* a pag. 326 do ultimo tomo da Legislação do seculo decimo setimo.

(1) *Sem outorga de sua mulher.*

Confronte-se este versiculo com o da Ord. do liv. 1 t. 62 § 38, onde se permitte a fiança do marido — *com outorga de sua mulher*. Pegas no *com.* á esta Ord. *glos.* 45 n. 19, diz que esta Ord. está de harmonia com a presente.

Não obstante todos os Reinicolas são accordes em sustentar a doutrina de que da presente Ord. não se pode dedusir a argumento *á contrario sensu*, em vista do beneficio do Velleiano, que a mulher não pode renunciar fóra dos casos da Ord. deste liv. t. 61.

Consulte-se Silva Pereira—*Rep. das Ords.* t. 1 nota (*a*) á pag. 365, nota (*d*) á pag. 636, e to. 3 nota (*a*) á pag. 435.

E já desde o tempo de Gama (*dec.* 131), era assim entendida esta disposição, havendo muitos julgámentos e arestos, por isso que de outra fórma haveria correção ou annullação de uma lei a Ord. deste liv. t. 61.

Borges Carneiro no *Dir. Civ. Port.* liv. 1 t. 12 § 119 n. 22 diz o seguinte.

« A fiança feita pelo marido, *mesmo com outorga da mulher*, não affecta os bens della; e gosa a mulher do beneficio Velleiano, igualmente como que se fosse solteira ou viuva, mesmo quanto aos bens moveis: e tal he o estylo de julgar (*Rep.* to 3 vb. *marido* to. 1 vb. *contracto* em pg. 636, e vb. *casado que* pg 365, e Pereira e Sousa to. 3 nota 889). »

E em nota diz :

« Nem desta Ord t. 60 vers. 1º se infira a doutrina opposta : pois seria o argumento *á contrario sensu*, inconcludente no presente caso.

« Fica por tanto em regra que a fiança do marido vale só quanto aos seus bens, ou seja feita com outorga da mulher ou sem ella (*Rep.* cit to. 3 . 436). Com tudo no caso da Ord. liv. 1 tit. 62 § 38 do marido fiador nos bens de ausentes, *pareçe* ser intenção desta Ord. valer a fiança tambem sobre os bens da mulher, ibi— *com outorga de sua mulher*. Vide no lugar do tit. dos *Ausentes*. »

E na mesma obra liv. 1 t. 33 § 282 n. 5 diz mais o seguinte :

« Posto que a Ord. (liv. 1 t. 62 § 38) para esta obrigação requeira a outorga da mulher, não fica com tudo hypothecada a parte dos bens della ; pois a Ord. não tratou de revogar o beneficio do Senatus-Consulto Velleiano (Pegas—*Forens.* cap. 98 n. 159). A mesma doutrina sustenta Borges Carneiro no t. 24 § 219 n. 13.

Barbosa no *com* n. 2, e Lima no *com.* n. 13, concilião as duvidas suscitadas, dizendo que quando a mulher dá outorga ficão os seus bens sujeitos, mas não obstante, se quizer, póde oppôr o beneficio do Velleiano.

T. de Freitas na *Consol.* art. 131 nota, sustenta a opinião opposta nas seguintes palavras :

« Segue-se *á contrario sensu* que a fiança prestada pelo marido *com outorga* da mulher obriga a meação desta, e por tanto não aproveita á mulher casada neste caso o beneficio Velleiano da Ord. liv. 4 t. 61 (art. 782 da *Consol*).

« O contrario entendeu-se no *Rep. das Ords.* to. 3 pag. 435 ; e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 119 n. 22 nota, diz, que o argumento *á contrario sensu* he inconcluente neste caso.

nossas Rendas (1), porque nellas valerá a fiança que os maridos fizerem sem outorga das mulheres em todos os bens moveis, e nos de raiz valerá quanto á metade dos maridos sómente. E pela metade que dos bens de raiz pertencer á mulher (2), ou quando casarem por outro contracto do tal, de tudo o que pelo dito contracto a ella pertencer, não valerá a dita fiança, nem se fará execução alguma.

E isso mesmo (3), isto, que dito he, se não entenderá quando os maridos tomarem para si nossas Rendas, ou outras quaesquer de outras pessoas, e derem á fiança seus bens (1); porque em tal caso, posto que os taes arrendamentos sejão feitos sem outorga das mulheres, todos os bens do marido, e mulher, assim moveis como de raiz são obrigados aos taes arrendamentos (2), salvo se no contracto dotal, quando casarão fóra do costume do Reino, outra cousa fôr contractado (3).

M.—liv. 4 t. 13.

« Não se pode acceitar esta intelligencia, por que ha grande differença entre a fiança prestada por mulher solteira ou viuva, e a prestada por mulher casada conjunctamente com o marido. Aqui não ha que proteger *a fraqueza do entender das mulheres*, por que a mulher casada está assistida por seu representante legal, que he o marido. »

Esta rasão nos parece improcedente em vista dos termos em que se expressa a Ord. deste liv. t. 61, pois se a entendera assim, ficaria em grande parte inutilisado todo o fructo que de tal beneficio podéra colher o Legislador; maxime tendo-se em consideração a razão da Ord. deste liv. t. 48 pr., i. e., que as mulheres em reverencia ou por medo de seus maridos são forçadas a calar seus interesses. E accresce que a fiança importa uma quasi alienação.

Continuando na mesma nota diz :

« Procede o texto quanto as fianças commerciaes? O Cod. do Com. arts. 256 e seguintes, tendo guardado silencio, deixa em seu vigor a regra do Direito Commum.

« Procede quanto á endosso de letras, ou de titulos analogos? Não, quando o endosso fôr *cessão*. Sim, quando o endosso fôr *fiança*. Na linguagem ordinaria sabe-se que dá-se o nome de *endosso* indistinctamente ás cessões e fianças de letras. »

(1) *Fianças que forem feitas em nossas Rendas.*

Está de accordo com o cap. 170 de *Regimento da Fazenda* de 17 de Outubro de 1516.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) á pag. 222 diz, que ha Juristas que sustentão, que ainda neste caso não se acha obrigada a meação do marido em bens de raiz, por quanto na palavra *alienação* se comprehende a fiança. Gama nas *Dec.* 108 e 162 sustenta o contrario, que está de accordo com a litteral disposição desta Ord.

(2) He controverso se em vista da Ord. deste liv. t. 48 pr., pode o marido assim sujeitar a sua meação, e da mesma sorte hypothecar os immoveis della.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (a) á pag. 435, traz uma nota do Dez. João Alvares da Costa com exemplos e julgados por ambas as opiniões.

Vide tambem outra nota do Dez. Oliveira, sobre a mesma materia, sustentando que a hypotheca geral era valiosa quanto a meação do marido, pelo contrario a especial.

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 120 n. 33 diz: que o marido não pode hypothecar, pois *he acto de alienação* sem o consentimento da mulher, e he esta a opinião commum dos nossos Doutores (*Rep.* to. 3 p. 435, 436, to. 1 p. 366 e 290 vb. *arrendamento feito* pag. 223, Barbosa—*com.* n. 10).

Continuando diz em nota :

« Tem comtudo sido esta opinião mui controvertida por causa da Ord. liv. 4 t. 60, e se tem julgado pela parte negativa e affirmativa (*Rep. cit.*). Alguns quiserão fazer conciliação, julgando permittido ao marido contractar hypotheca *geral*, não assim *especial* (*Rep.* cit. pag. 436, e to. 1 pag. 290). A opinião negativa parece fundada, assim por ser a commum, como por que a cit. Ord. t. 60 falla de caso especial em que vale esta hypotheca, e faz por tanto excepção á citada Ord. t. 48. Vide § 119 n. 17, 19 e seguintes desta obra. »

(3) Vide nota (3) a Ord. do liv. t. 10 § 1.

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 149 n. 21 nota, diz o seguinte :

« Os dous versiculos desta Ord. : *E isto*, e o versiculo : *E isso mesmo* differem em que o primeiro falla da fiança que alguem faz á favor do que tomou Renda Real : o segundo falla do que toma Renda Real ou particular, e *hypotheca* os bens ; pois onde diz : *e derem fiança*, se deve entender *á hypotheca*. Estes dous versiculos tratão pois do arrendamento : o principio do titulo trata da fiança em geral. Outros pensão diversamente (*Rep.* to. 1 vb. *contracto* em pg. 637 no § *declara*). »

Consulte-se sobre este versiculo Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 386 n. 34.

(1) *Derem á fiança seus bens*, i. e., hypothecarem.

Vide nota precedente.

(2) *Arrendamentos.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 134 diz o seguinte em nota :

« Ord. do liv. 4 t. 60 e D. de 6 de Julho de 1693, o qual declarou ter a Ord. como lei posterior derogado o cap. 170 do Regimento da Fazenda de 17 de Outubro de 1516 *Posteriora derogant prioribus*.

« A redacção do texto não está exacta, e deve-se ler :—Se o marido sem outorga da mulher fôr cessionario das Rendas Publicas ou particulares, póde hypothecar etc.

« Trata-se da cessão de impostos do Estado, ou de rendas particulares, perpetuas ou temporarias, vitalicias ou não, com juros de Apolices da Divida Publica, foros, alugueres, prestações periodicas em geral; e não de locação ou arrendamento de cousas.

« Nossas Leis denominão *arrendamento* a cessão das rendas do Estado para serem cobradas por particulares que as contractão ou arrematão ; e dahi provém o engano.

« Estes contractos são cessões ; e não *arrendamentos*. O projecto do Codigo Civil Portuguez art. 1723 tem evitado o engano. »

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) a pag. 222.

Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 1 art. 420 acha injusta esta clausula, no que tambem concorda Coelho da Rocha—*Dir. Civ* § 232 scholio.

(3) « Esta Ord., diz T. de Freitas na *Consol* art. 138 nota, dá a perceber que os bens ficão hypothecados sem dependencia de estipulação expressa, e assim o entendeu Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 119 n. 17.

« Não entendo assim, não vejo razão para crear este caso de hypotheca tacita em favor dos Cedentes de Rendas em geral, limito-a em favor do Estado sómente art. 1272 § 2 da *Consol*.

« Está hoje derimida a questão em vista da novissima lei hypothecaria, que dá no art. 3 § 5 hypotheca legal á Fazenda Publica sobre os immoveis sómente de seus Rendeiros, Contractadores, e Fiadores ; mandando no § 10 que tal hypotheca seja *especialisada*. »

Vide sobre esta Ord. Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 7 § 4, t. 9 § 14 nota, § 15 e 18, e liv. 4 t. 6 § 12 nota, t. 16 § 9, e Almeida e Sousa—*Execuç.* pag. 157, *Notas á Mello* to. 2 pag. 309, 386, 474 e 607, e to. 4 pag. 467.

TITULO LXI.

Do beneficio do Senatus consulto Velleano (1), *introduzido em favor das mulheres que ficão por fiadoras de outrem.*

Por Direito he ordenado (2), havendo respeito á fraqueza do entender das mulheres, que não podessem fiar, nem obrigar-se por outra pessoa alguma, e em caso que o fizessem, fossem relevadas da tal obrigação por hum remedio (3) chamado em Direito Velleano; o qual foi specialmente introduzido em seu favor, por não serem danificadas obrigando-se pelos feitos alheios (1), que a ellas não pertencessem. E posto que isto assi geralmente fosse stabelecido em t das as obrigações, que por outrem fizessem (2), foram porém exceptuados certos casos, em que fiando ellas outrem, ou obrigando-se por elle, ainda que seja cousa, que a ellas não pertença, não gozarão do dito beneficio do Velleano, os quaes são os seguintes (3).

M.—liv. 4 t. 12 pr.

1 Primeiramente, se alguma mulher se obrigasse por dinheiro, ou quantidade que fosse promettida para a liberdade de algum scravo (4), assi como, se hum homem promettesse certo dinheiro, para remir algum captivo, e alguma mulher fiasse, ou se obri-

---

(1) *Beneficio do Senatus—consulto Velleano.*

Esta Ord. tem o seu fundamento no famoso Senatus-consulto promulgado no Consulado de Marco Silano e de Velleio Tutor no anno de 799 da fundação de Roma, e 46 do nascimento de Christo, denominado— *de intercessionabus mulierum*, que se acha no *Digesto* liv. 16 tit. 1, e no Godigo liv. 4 t. 29, reinando Caligula.

O nome do segundo Consul *Velleio Tutor* ficou eternisado com este beneficio, que T. de Freitas deseja mudar substituindo-o por *beneficio de exoneração*, por lhe parecer mais intelligivel, e imitar o dos a ts 259 e 262 do Cod. do Com , i. e , *beneficio de desoneração*.

« Tal beneficio, diz o mesmo Jurista na nota ao art. 782 da *Consol.*, só aproveita ás mulheres solteiras, e *não ás casadas*, quando prestarem fianças com seus maridos. Ord. do liv. 4 t. 60. Doutrina que está de accordo com a que já sustentou em nota ao art. 131 da mesma obra.

Borges Carneiro no *Dir. Civ* liv. 1 t. 24 § 203 n 10 sustenta o contrario, como se vê das seguintes palavras :

« *Ampliações*. O beneficio Velleiano rege inda: 1° que a mulher seja casada e fie juntamente com o marido, ou outorgue na fiança feita por elle: pois nunca esta affecta os bens della. »

E em nota diz :

« Por uso de muitas Nações valia a fiança que faz a mulher com consentimento do marido ; e assim parece geralmente onde os conjuges são meeiros, porque as dividas e obrigações, contrahidas durante o matrimonio se communicão entre ambos os conjuges *Strykio* cit § 3 e 4. Porém em Portugal ha o Direito contrario.

No n. 14 sustenta ainda o mesmo Jurista :

« Antes se a mulher faz essa fiança ou obrigação á favor do mesmo marido, ella he *nulla* na sua origem : o que se dispôz porque mais facilmente póde ser á isso instigada e sedusida por elle. »

E na nota accrescenta .

« Esta fiança ou obrigação da mulher á favor do marido sendo *ipso jure* nulla, não póde ser confirmada mesmo depois do biennio, nem vale o renunciar aquella prohibição—*Heinecio* to. 3 § 206, *Strychio* § 8 : no que está de accordo o nosso Direito.

« Se porém a mulher renunciar, e em sua vida não contradisser a renuncia, *opinão alguns* que a fiança se confirma por sua morte para o effeito de não poderem os herdeiros oppôr a excepção do Velleiano, porque entre conjuges equiparão a fiança *á doação*, e esta se confirma pela morte do conjuge doador. *Strykio* § 15 *Carpsov*. ibi.

« Esta opinião comtudo he mui ardua em Portugal, onde a renuncia he geral e omnimodamente nulla e inefficaz.

« Esta prohibição da *Auth Si qua mulier* procede igualmente no matrimonio simples em que a mulher he meeira, e sem razão escreveu o contrario *Strykio* cit. § 4. »

A opinião de Borges Carneiro pelos seus fundamentos parece-nos preferivel á do author da *Consol.*

(2) Vide nota precedente.

(3) *Relevadas, ... por hum remedio*

« A mulher não póde fiar, diz Borges Carneiro, *Dir. Civ.* liv. 1 t. 24 § 213, nem geralmente obrigar-se por outrem : e fazendo o, a obrigação *em rigor* he valiosa, porém *se elide* oppondo a mulher o remedio ou beneficio do Senatus-consulto Velleiano, concedido á fraqueza do seu sexo. »

E em nota accrescenta :

« Este beneficio ou remedio, fundado na fraqueza das mulheres, he conforme á equidade, e está recebido por uso quasi geral da Europa com algumas alterações *Strykio*, etc. : e foi pela citada Ord. t. 61 ampliado ainda além do Direito Romano, especialmente emquanto dispôz, que não fosse obrigatoria a fiança, inda que a mulher a confirmasse depois de certo tempo. »

« Entretanto bons autores vêm a primitiva razão desta prohibição em uma *subtilesa* Romana, que considerou na fiança um negocio *civil* e *viril*, revestido de solemne estipulação, da qual os antigos costumes daquella Nação apartavão as mulheres: e consequentemente lhes parece que a mesma prohibição se deve restringir, e interpretar mui restrictamente, como exorbitante do Direito Natural, que manda observar exactamente as convenções feitas por pessoas de ambos os sexos, e assim entendeu o Ass. de 2 de Dezembro de 1791. No que cumpre com tudo seguir o espirito da Ord., e distinguir *o jus constitutum* do *jus constituendum.* »

(1) *Obrigando-se pelos feitos alheios.*

Nesta generalidade comprehendem-se as hypothecas e penhores de obrigações estranhas.

Vide T. de Freitas—*Consol.* art 781 nota.

« Não se comprehendem, diz o mesmo Jurista, endossos de letras, e outros papeis endossaveis, *quando forem cessões*. Assim observo, porque vulgarmente usa-se da palavra *endosso*, para designar *fiança*. »

Vide a nota e art supracitados, e art. 131 nota, e Borges Carneiro—*Dir Civ.*, liv. 1 t. 24 § 213 n. 3.

Mas deste beneficio não gosava a mulher commerciante, em vista do Ass. de 2 de Dezembro de 1791, de accordo com a Ord deste liv. tit 50 § 3.

Vide Cod Com art. 27 in fine, e D. n. 737—de 25 de Novembro de 1850 art. 593.

(2) *Obrigações que por outrem fizessem.*

Esta disposição rege, por qualquer fórma que se contrate a fiança, attendendo se somente a regra da Ord. do liv. 3 t. 59, commum a todos os contractos.

« Por Direito Romano, diz Borges Carneiro, cumpre que a fiança das mulheres seja feita em escriptura publica, e assignada por trez testemunhas: aliás he nulla sem dependencia de se oppôr a excepção do Velleiano. Porém quasi todos os autores confessão não estar hoje recebida a cit l. 23. O que tambem se pode affirmar de Portugal, onde a Ord do liv. 3 t. 59 não fez differença cerca o contracto da fiança. »

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to 2 nota (c) á pag. 440, e to.3 nota (a) á pag. 632, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 13 § 13, e liv. 4 t. 3 § 29, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 24 § 213

(4) *Liberdade de algum scravo.*

V. de Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep das Ords* to. 2 nota (c) á pag. 440, e to. 3 nota (a) á pag. 634, Mello Freire—*Inst.* liv. t. 3 § 29, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 24 § 213 n. 19.

gasse por aquelle que tal obrigação fizesse (1), será essa mulher obrigada á tal fiança, e obrigação, assi como qualquer homem, sem gozar do beneficio do Velleano. E isto foi assi estabelecido em favor da liberdade.

M.—liv. 4 t. 12 § 1.

2. Casando alguma mulher, e promettendo ella, ou outrem por ella ao marido certo dote em casamento (2), e dando por fiador alguma mulher, que se obrigasse a pagar o dote, ficará essa mulher, que assi foi fiador obrigada a dita fiadoria, sem gozar do beneficio do Velleano. E isto foi stabelecido em favor do Matrimonio, no caso, onde fôr licitamente feito, e segundo a disposição do Direito Canonico (3), para que essa mulher assi casada não podesse em algum tempo ser achada sem dote (4).

M.—liv. 4 t. 12 § 2.

3. E se alguma mulher enganosamente fiasse outrem, por defraudar o credor, assi como vestindo-se em vestidura de homem por mostrar áquelle, a que fazia essa obrigação, que era homem (5), ou se ella fosse demandada, como herdeira de algum devedor, e sendo certificada, que não era sua herdeira, dissesse, que o era, obrigando-se por essa divida ao crédor, e depois dissesse, que não era herdeira do devedor, chamando-se ao beneficio do Velleano, por que se obrigára pela cousa, que a ella não pertencia, em taes casos e outros semelhantes não poderá gozar do dito beneficio, porque enganosamente fez a obrigação com tenção de defraudar o crédor.

M.—liv. 4 t. 12 § 4.

4. E se alguma mulher se obrigasse a outrem por cousa, que a ella pertencia, assi como se ella comprasse herança de algum defuncto, e se obrigasse a algum crédor do defuncto por alguma divida, em que elle fosse obrigado; ou se alguma mulher obrigada a algum seu crédor, ao qual houvesse dado certo fiador, e ella depois se obrigasse áquelle seu fiador, que a fiára, em outra tanta quantidade, como fosse a da primeira obrigação (1), em que a elle primeiro fiára; em estes casos e outros semelhantes não se poderá chamar ao beneficio do Velleano, nem gozará delle em algum tempo (2).

M.—liv. 4 t. 12 § 5.

5. E se alguma mulher fiasse outrem, ou se por elle obrigasse, e depois essa mulher por morte daquelle, por que se assi obrigára, ficasse sua herdeira em todo, ou em parte, ficará ella então obrigada á obrigação e fiadoria por aquella parte, em que assi fôr herdeira, sem gozar do dito beneficio do Velleano (3).

M.—liv. 4 t. 12 § 6.

6. E se alguma mulher fiasse outrem, ou se por elle obrigasse, e depois recebesse delle a quantidade, ou cousa (4), por que o fiára, ou se por elle obrigára, será ella obrigada a pagar essa cousa, ou quantidade, por que o assi fiou, ou se obrigou, sem embargo do dito beneficio do Velleano (5).

M.—liv. 4 t. 12 § 7.

7. Porém nos casos sobreditos, em que as mulheres, sendo fiadores ou obrigando-se por outrem, não podem gozar do beneficio do Velleano (6), se ellas a esse tempo forem menores de vinte cinco annos, poderão gozar do beneficio da restituição, outorgado aos menores da dita idade, quando per nossas Ordenações e per Direito o podem haver.

M.—liv. 4 t. 12 § 8.

---

(1) Esta excepção tambem se estende para outras causas pias.

No *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) n. 635 lê-se a seguinte nota do Dez. Oliveira:

« Dispensou El-Rey nesta Ord. para D. Joanna Maria de Meirelles, e D. Brites de Lima serem fiadoras, e obrigarem seus bens por seu pai e sogro Belchior de Meirelles, que estava preso por grande divida, de que se passou Alv. em 30 de Abril de 1689, e está registado no livro dos Officiaes da Chancellaria fol. 32 vers.; porém sem o concurso de todas estas circumstancias não deve ser facil esta concessão. Depois vi concedido, e votei que se concedesse a uma mulher para obrigar seus bens para sua filha ser tutora de seus filhos, netas da que se obrigava. »

(2) *Dote em casamento.* Ainda que essa promessa de dote se faça depois de contrahido o matrimonio, visto como ha a mesma razão do favor do dote (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 24 § 213 ns. 21 e 22)

Mas esta opinião he combatida por Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 636; e em seu favor existe ainda a doutrina do Ass. de 9 de Abril de 1772.

No mesmo *Rep.* se diz que a mulher obrigando-se juntamente com o marido não para dotar a filha commum, mas á pessoa estranha, ou filha sómente do marido, póde aproveitar-se deste beneficio, por quanto neste caso não se trata do simples Velleiano, mas da nullidade da obrigação, por quanto a mulher se torna fiadora pelo marido, e a despensa feita em um caso, não passa além, principalmente porque neste caso não subsiste a mesma razão, por causa da suspeita de ser seduzida pelo marido, o que não se presume em outras circumstancias.

Borges Carneiro no lugar citado e nota diz:

« Esta excepção se estende á outras causas *pias*, como estudar, alimentar, etc. *Rep.* p. 635: porém a Ord. só contemplou a *liberdade e o dote*, e nos mais casos convirá quando muito pedir-se dispensa, a qual se tem concedido. *cit Rep.*

Estas dispensas não se podem hoje conceder em vista da L. de 22 de Setembro de 1828.

(3) Vide Ord. deste liv. t. 46 § 1.

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 635, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 13 § 8, e liv. 4 t. 3 § 29, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 1 pag. 363.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*c*) á pag. 441, e to. 3 nota (*a*) á pag. 637, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 1 § 8, e liv. 4 t. 3 § 29.

(1) Vide Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 1 § 8.

Succede outro tanto com a mulher commerciante (Ass. de 2 de Dezembro de 1791 mandado publicar pelo Av. de 22 de Fevereiro de 1793).

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep das Ords* to. 2 nota (*c*) á pag. 441, e to. 3 nota (*b*) á pag. 637, e Mello Freire—*Inst.* liv 4 t 3 § 29.

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*c*) á pag. 441, e to. 3 nota (*a*) á pag. 638, e Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 29.

(4) O que não procede se recebeu, não a mesma cousa, mas penhores (Silva Pereira—*Rep. das Ords* to. 3 nota (*a*) á pag. 638, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 24 n. 26).

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 29, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello*, to 34 á pag. 398.

(6) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 639.

8. E nos casos, onde as mulheres não podem gozar do beneficio do Velleano, segundo acima temos declarado, poderão gozar do beneficio, per Direito outorgado aos fiadores, que se por outrem obrigam, para que não possam por essa obrigação ser demandados, nem feita execução em seus bens, até que primeiro sejam demandados, e condenados e executados os principaes devedores(1). Porque não com menos razão o devem ellas haver, que os homens, a que per Direito geralmente foi outorgado, segundo dissemos no Titulo 59: *Dos fiadores.*

M.—liv. 4 t. 12 § 9.

9. E postoque alguma mulher nos casos em que pode gozar do beneficio do Velleano, o renuncie expressamente em Juizo, ou fóra delle, e que diga, que he delle certificada, e não quer delle usar, não valha tal renunciação, e seja de nenhum effeito, nem vigor (2). E sem embargo della poderá gozar do dito beneficio, assi como gozara, se o não renunciara, porque por a mesma fraqueza, por que o Direito lhe quiz dar o dito beneficio, por essa achamos que facilmente são movidas ao renunciar (2). Porém, quando a mulher for encarregada da tutoria de seu filho, ou neto, o poderá renunciar(4), segundo he conteudo no Livro 1 Titulo 88: *Dos Juizes dos Orfãos.*

M.—liv. 4 t. 12 § 10.

10. E se alguma mulher fiar a outrem, obrigando-se por elle em cousa, que a ella não pertencia, e depois da dita obrigação, passados dous annos, outra vez novamente se obrigar, ou muitas, mandamos que em todo caso goze do beneficio do Velleano, assi como gozara, se outra vez, ou mais se não obrigára(5). E bem assi queremos, que a mulher se possa chamar ao beneficio do Velleano em todo o tempo, e gozar delle, posto que recebesse algum preço, ou qualquer outra cousa por fiar alguem, ou se obrigar por elle. O que assi mandamos que se

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 640, Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 1 pag. 17, *Seg. Lin.* to. 2 pag. 302.

(2) Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 24 § 213 n. 15 nota diz o seguinte :

« Por Direito Romano, e pelo uso moderno mui geral póde renunciar-se este beneficio, mesmo sem juramento, fazendo-se a renuncia em Juizo, ou por escriptura com testemunhas. *Strykio* §§ 18 e 19.

Sobre o que comtudo havião muitas questões, que cessão entre nós por esta Ord. »

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) á pag. 640.

(3) O Av. n 352—de 7 de Outubro de 1857, declarou que as viuvas e orphãos não podem ser fiadores.

O Av. n. 285—de 29 de Setembro de 1858 declarou, que *ex vi* da Ord. do liv. 4 t. 61 § 9; cuja doutrina foi confirmada por decisão do mesmo Tribunal de 17 de Setembro de 1855, e pela Ordem de 7 de Outubro do anno passado, não podem as mulheres ser fiadoras, ainda mesmo *renunciando* o beneficio do Velleiano.

(4) Vide Ord. deste liv. to 102 § 3, Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 641, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 29.

(5) Vide Silva Pereira—Rep. *das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 642.

cumpra, posto que nestes casos outra cousa per Direito Commum seja estabelecido (1).

M.—liv. 4 t. 12 § 3 e 11.

TITULO LXII

Das doações (2), *que hão de ser insinuadas*(3).

Todas as doações, assi de bens moveis,

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 643, e Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 29, e t. 13 § 5.

A Ord. Manuelina estava de harmonia com o Direito Romano, o que revogou a presente Ord.

(2) A doação, segundo Agostinho Barbosa, he a concessão de alguma cousa não vedada, feita por méra liberalidade, e com animo de transferir irrevogavelmente o respectivo dominio (Portugal—*de Donation.* præl. 1 n. 40, e Lima *com.* ao pr. desta Ord. n. 1).

O que dá ou transfere o dominio do objecto, chama-se *doador*: o que aceita, *doado* ou *donatario*.

O caracteristico da *doação* he ser *gratuita*; se o perde, tem outro nome o contracto.

Por essa causa são interpretadas restrictamente.

A doação póde ser *pura* ou *modal*, mas neste caso a denominão os Juristas *impropria* ou *relativa*: como o dote para casamento, a remuneratoria, etc.

Antes de aceita pelo donatario he a doação como o testamento um *acto unilateral*. Depois de aceita, além de bilateral he contracto *gratuito* e *consensual*.

As doações regem-se sempre pelo Direito Civil porque nunca constituem *actos de commercio*, cujo caracteristico he a especulação, i.e., a intenção de obter lucro ou ganho pecuniario. As doações fraudulentas dos negociantes fallidos (Cod. Com. art. 827 n. 1 e 828) são da competencia dos Tribunaes Civis.

T. de Freitas na nota (2) ao art. 411 da *Consol.* diz o seguinte :

« Como a *alforria* gratuita tem analogia com a doação, considerada esta como acto unilateral antes de aceita pelo donatario, e como acto *bilateral* depois de aceita; segue-se que as *cartas de alforria* que por fallecimento do Senhor são achadas entre os seus papeis, sem que dellas tivessem conhecimento os escravos libertados, *não* produzem seus effeitos legaes *senão* depois do fallecimento.

« Os filhos pois de uma escrava libertada nestas circumstancias, nascidas antes de ter a carta de alforria produzido seus effeitos, *antes de ser conhecida*, como se estivesse *in mente reposta*, são escravos. »

Rebouças nas *Obs.* á este art. mostra, argumentando com o § 7 do t. 63, que as alforrias não dependem como as outras doações do aceite do donatario, e por tanto que não só os escravos alforriados ficão desde o momento em que se passão as respectivas cartas, livres, como a sua descendencia, nascida dessa epocha em diante.

Coelho da Rocha—*Dir. Civ* § 750 scholio diz o seguinte:

« As *doações* e os *testamentos* são os dous meios, que se empregão para dispôr dos bens em favor dos successores : tanto em um como no outro, se podem impôr condições, modo, substituições, e outras quaesquer clausulas, que não sejão tolhidas pelas Leis.

« Daqui he facil achar a rasão, porque em muitos dos Codigos modernos se trata no mesmo art. a doutrina das *doações* e *testamentos*; e o motivo, porque nos Tratados dos Praxistas, e muitas vezes nas Leis, se encontrão confundidos os *legados* com as doações: porque na verdade uns e outros contém a liberdade do Testador ou doador, e sómente differem em que na instituição ou legado não intervem a aceitação, e na doação, sim.

« Nas nossas Leis esta materia de doações não he exposta com a miudeza e importancia que ella merece.

« Apenas no liv. 4 das Ords. desde o tit. 62 até 66, transcriptas das anteriores, estão lançadas algumas disposições sobre a insinuação, sobre a revogação por ingratidão, sobre as doações entre conjuges, sobre as doações ás concubinas, ou sobre as de bens de raiz feitas pelo marido sem outorga da mulher.

« O mesmo defeito se encontra nos Praxistas.

« Podem sobre esta materia ver-se alguns lugares de Portugal—*Donationibus Regiis*, principalmente a parte 1 do liv. 1. Nas obras de Guerreiro achão-se disseminados alguns principios: e Lobão tocou este objecto nas *Notas á Mello* liv. 2 t. 10 § 4. »

(3) *Insinuadas.* Esta expressão em Jurisprudencia tem significação especial.

como de raiz (1), como de huns e outros juntamente, que passarem de trezentos cruzados (2) ou sua valia, serão insinuadas e approvadas (3) per Nós, ou per os Desembargadores do Paço (1). E não sendo insinuadas (2), não valerão, salvo até a quantia de tre-

---

Insinuar significa registar nas actas publicas. E referindo-se ás doações, significa faze-las approvar pelo Governo.

A Lei de 25 de Janeiro de 1775, que se lerá nos *additamentos* á este livro, regulou a materia das insinuações, derogando a doutrina desta Ord., declarando-se por compilada nesta Ord. a *unica* excepção das doações regias, que sómente forão reservadas na Ord. Mannelina do liv. 4 t. 54, como se esta fosse naquella incorporada em toda a sua extensão

Essa excepção constitue o § 2 da mesma Ord. e se acha assim redigida:

« E quanto he ás doações por Nós feitas mandamos, que tanto que por Nós forem assignadas, ou por nossos Officiaes que para ello são deputados, e assellados com nosso sello, e passadas por nossa Chancellaria, sejão firmes e valiosas sem outra insinuação, porque os actos por Nós feitos nom requerem outra alguma solemnidade de Direito. »

Vide sobre as *Insinuações* a analyse completa que fez da Lei de 25 de Janeiro de 1775, e do Assento de 21 de Julho de 1797, Almeida e Sousa no *Fascic.* to. 1 *Diss.* 3.

Consulte-se ácerca das *Doações*, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 de ns. 80 á 175, e *Dout. das Acç.* § 101 nota 2, § 140 nota 1, § 141 nota 1, § 144, § 246 nota 2, §§ 249 e 251 nota 3, e § 307 notas 1 e 3, e § 310, Coelho da Rocha—*Dir. Civ. Port.* de § 750 á 768, Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* §§ 691 e 672, T. de Freitas—*Consol.* de art. 411 á 429, Rebouças—*Obs.* aos arts. 411, 413, 414, 417, 421, 528, 591 e 595, e Ramos—*Apont.* de art. 312 á 437.

(1) *Bens de raiz.* As alienaações destes bens excedendo de duzentos mil réis demandão escriptura publica.

A L. n. 840—de 15 de Setembro de 1855 no art. 11 exige tão sómente a escriptura publica para a compra e venda de taes bens; parece por tanto que nos casos de doação regula a antiga legislação.

(2) *Trezentos cruzados.*

O Al. de 16 de Dezembro de 1814 elevou ao triplo esta taxa.

T. de Freitas na nota do art. 442 diz, que o Al. de 30 de Outubro de 1793 nada tem com a lei da insinuação; mas Ramos nos *Apont.* referindo-se ao *Correio Mercantil* n. 46 de 1855 diz no n. 358, que a Relação da Côrte, em accordão do 1º de Fevereiro do mesmo anno, decidira que—a doação de bens moveis, cujo valor não exceder á um conto e duzentos mil réis (1:200$000), póde ser provada com testemunhas e fortes presumpções, independente de escriptura publica e de insinuação.

Entretanto a Relação da Bahia, como revisora, em Accordão de 18 de Maio de 1861 (*Revista Juridica* de 1866 pag. 390) parece não reconhecer tal competencia naquelle Al., visto que para caso desta especie não se referio se não á esta Ord. e ao Al. de 16 de Setembro de 1814.

E neste sentido se pronuncia o Av. n. 271—de 15 de Novembro de 1851, no que parece tambem estar de harmonia o Av. n. 210—de 28 de Março de 1840.

(3) *Insinuadas e approvadas.*

Estas palavras, como bem diz T. de Freitas, exprimem actos diversos, mas a L. de 22 de Setembro de 1828 art. 2 § 1 n. 3 usa sómente do termo *Insinuação.*

A disposição do texto he lata e comprehensiva de todas as doações, menos as que relataremos na nota *infra*; e por tanto nella tambem se inclue a doação entre parentes nos casos da Ord. liv. 3 t. 59 § 11, i. e., podendo ser feita sem dependencia de escriptura publica,

E neste sentido resolveu o Ass. de 21 de Julho de 1797 declarando que devem ser *insinuados* os dotes profecticios, e quaesquer doações feitas pelos Paes aos filhos, tanto de bens allodiaes, como de prasos; mas estes no excesso das legitimas, ou das quantias da Lei, sendo logo transferidas sem reserva do usufructo.

Esta doutrina do Ass. de 1797, tem ainda em seu favor uma decisão da Relação da Côrte de 22 de Março de 1859, e da Relação da Bahia de 18 de Maio de 1861 (*Rev. Jurid.* de 1866 pag. 385), que decidirão que o dote *importando* doação, deve ser insinuado desde que exceder a taxa da Lei; declarando que a importancia que pelo titulo da doação se fizer, sem insinuação he no inventario trazido á collação.

« Doações irregulares por falta de insinuação, diz T. de Freitas, valem como *legados*, se o doador vier a confirma-las em seu testamento, ainda que ao donatario não denomine *legatario*

Vide T de Freitas—*Consol.* art. 367 §§ 1, 411, 412 e 413 e notas, e Rebouças—*Obs.* ao art. 413.

(1) Antigamente competia ao Dezembargo do Paço passar Al. de insinuação (Reg. novo do Dez. § 110, e Al. de 24 de Julho de 1713 n. 23).

Pagava de novos direitos um por cento, para o que era indispensavel fazer a avaliação dos bens doados. Por esse motivo he que tambem a L. de 25 de Janeiro de 1775 estabeleceu, que nenhumas doações serião dispensadas de insinuação, senão as Regias, e as remuneratarias feitas á pessoas da mesma familia.

Hoje este encargo foi confiado aos Juizes de primeira instancia pela L. de 22 de Setembro de 1828 art. 2 § 1 n. 3.

Vide nota (1) ao § 110 do Reg. do Dezembargo do Paço á pag. 252 desta obra.

(2) *E não sendo insinuadas.*

Não dependem deste onus:

1º—As doações ou dotes que os paes fazem aos filhos se não excedem as legitimas dos donatarios, e as taxas legaes (Ass. de 21 de Julho de 1797, D. de 21 de Fevereiro, e Prov. de 17 de Agosto de 1801, e Av. n. 82—de 10 de Março de 1858).

Convém ler sobre esta excepção o que dizem T. de Freitas na *Consol.* art. 417 § 1 nota, e Rebouças nos *Obs.* á esse art.

2—As doações Regias (L de 25 de Janeiro de 1775).

Presentemente essas doações devem ser reputadas as nacionaes.

E as que fizer Sua Magestade o Imperador dependerão de insinuação? Embora não gosem os Imperadores do Brazil do pleno Poder Soberano como os Monarchas da antiga Metropole?

A letra da Lei de 1775, parece excluir taes doações do onus da insinuação, onus que importa presumpção de pouco senso, mas o espirito das mesmas instituições outra cousa prescreve.

Vide Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 671 n. 1.

3—As doações *causa mortis* (Res. de 10 de Outubro de 1805.)

Borges Carneiro no seu *Mappa Chronologico das Leis* cita-o á pag. 736, e outro tanto fez Fernandes Thomaz no seu *Repertorio* to. 2 pag. 10 n. 153, vb. *Insinuação*; mas nunca vimos a integra do texto.

T. de Freitas na *Consol* art. 417 § 2 nota diz o seguinte:

« Pelas idéas actuaes do nosso fôro entende-se unicamente por doações *causa mortis* as promessas gratuitas de bens para produzir effeito depois da morte dos promittentes, e por tanto revogaveis á arbitrio. Estas porém não são as verdadeiras doações *causa mortis*, e por isso vem a duvida de serem ou não isentas de insinuação as verdadeiras doações *causa mortis*

E assim o entendeu Loureiro—*Dir. Civ Braz.* § 671 n. 3; e pelo contrario Coelho da Rocha *Dir. Civ.* no § 763 scholio.

Continuando diz:

« As promessas gratuitas de bens para produzirem effeito depois da morte dos promittentes não são *propriamente* doações, não são *contractos*, ainda que haja aceitação dos beneficiados; são disposições da ultima vontade, e portanto dependentes das solemnidades testamentarias.

« As verdadeiras doações *causa mortis* suppõem que os bens doados forão entregues aos beneficiados, e verificão-se nos dous seguintes casos:

1º—quando se impõe aos beneficiados a obrigação de restituir os bens doados, se os doadores não fallecerem em um lance previsto.

2º—quando se lhes impõe a condição de restituir os bens doados, se os doadores lhe sobreviverem. »

E accrescenta:

« Estas doações *causa mortis* tambem são isentas da

zentos cruzados: e quanto ao mais, que passar da dita quantia, não valerão, nem terão vigor, como se nunca fossem feitas(1). E isto queremos que haja logar nas doações feitas per varões.

E as doações feitas por mulheres (1), que vivam per si, quer solteiras, quer viuvas, que passarem de cento e cincoenta cruzados, ou sua valia (2), que cada huma valer ao tempo, que for feita, serão insinuadas; e a que o não fôr, valha sómente em quanto chegar á quantia de cento e cincoenta cruzados, e no que passar, não valha, nem tenha effeito, como se feita não fosse (3).

M.—liv. 4 t. 54 pr.

1. E a insinuação se fará(4), mandando tirar inquirição (5), em que primeiro será perguntado o que fez a doação, se a fez per induzimento, arte, engano, medo, prisão ou outro algum conluio, e se he contente, que a doação, per elle feita, seja per Nós confirmada e approvada (6). E bem assi devem ser

---

insinuação como as outras de simples promessa de bens para depois do fallecimento? *Sim*, porque tambem são revogaveis o arbitrio das doadores. *Não*, se os doadores tiverem renunciado a faculdade de revoga-las.

« Aqui tal renuncia he possivel, não assim nas outras doações de simples promessa.

« Se essas e outras doações só valem como disposições de ultima vontade, a renuncia da faculdade de revoga-las não he possivel por que as disposições da ultima vontade são essencialmente revogaveis. »

As alforrias tambem podem ser concedidas por doações *causa mortis* (L 15 Dig *de manuciais*).

4º—As nomeações de bens aforados, se o usufructo he reservado para o senhorio durante a sua vida. Não havendo reserva do usufructo e transferindo-se logo os bens, a doação he *inter vivos* (Ass. de 21 de Julho de 1797 e Prov. de 15 de Novembro de 1775 e de 17 de Agosto de 1801).

T. de Freitas na nota ao art. 417 § 3 diz o seguinte:

« Declara esta ultima Prov. que taes nomeações com reserva do usufructo são *irrevogaveis*. He uma singularidade á respeito dos prasos de nomeação, que entre nós não existem. A L. suspensa de 9 de Setembro de 1769 § 9 dizia—as doações *inter vivos* com reserva do usufructo em vida, reputão-se doações *causa mortis* sem differença alguma. Vide art. 613. »

5º—As remuneratorias á conta de serviços, que o donatario tinha acção para pedir, se os os bens doados não excederem a paga devida, e a quantia da lei (L de 25 de Janeiro de 1775).

E se forão dados em remuneração bens de raiz, deve-se pagar sisa, por que he rigorosa venda (Lima—*de Gabellis* cap. 1 gloss. 4 n. 12, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 ns. 420 e 421).

Sendo estas doações feitas á pessoas estranhas ás familias dos doadores, para que não sejão insinuadas deve-se primeiramente provar a verdade dos serviços que as motivarão, e respectiva equipollencia dos serviços e bens doados (Lei citada de 1775).

T. de Freitas na *Consol.* art. 418 nota exprime-se desta sorte:

« Não se tem observado esta disposição, os Praxistas a considerão uma consequencia das Leis de 25 de Junho de 1766, 9 de Setembro de 1769, e Al. de 1 e Agosto de 1774, que cessarão pelo D de 17 de Julho de 1778.

« Do texto (do art. 418) resulta que as *doações remuneratorias* devem ser insinuadas, mas já observei na nota antecedente, como o autor do *Rep. das Ords.* pag. 182, que taes doações não são actos de pura liberalidade. »

Eis o que diz e mesmo Jurista acerca das doações remuneratorias em nota ao art. 417 § 3:

« O *Rep. das Ords.* to. 2 pag. 181 declara procedente a insinuação quanto a qualquer pacto de não pedir, remissão, cessão de direitos, ou outra disposição gratuita; porém isso he duvidoso quanto a remissão e renuncias gratuitas, que em Direito não se considerão *doações*.

« O mesmo *Rep.* pag 182 declara isentas de insinuação as *doações remuneratorias*, doações com encargos, doações reciprocas, transacções: e todas estas limitações são exactas, por que as transacções, não são *contractos gratuitos*, e taes doações não são motivadas por espirito de pura liberalidade.

« Não são doações, e por tanto independem de insinuação, as concessões gratuitas de terrenos com permissão de fazer bemfeitorias ou sem ella, ou as de uso ou gozo de quaesquer predios, ou de bens moveis; ha só *commodato* nestas concessões (*Consol.* arts. 47 e 119).

« O mesmo se deve dizer das *alforrias*, por não serem própriamente doações (Perdigão Malheiros—*Manual do Procurador dos Feitos* § 561 e nota 1182, e nota ao art. 42 da *Consol.*).

Convém ler o restante desta nota sobre a *alforria* do escravo, e o seu valor juridicamente.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 181.

(1) A nullidade por falta de insinuação póde ser arguida tanto pelo doador, como por seus herdeiros, e ainda por terceiros interessados (Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 1 *Diss.* 3 § 132, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 n. 125).

(1) *Feitas por mulheres.*

« Ha-se de advertir, diz Cabedo nas suas *Erratas*, que está emendado pelo Regimento dos Dezembargadores do Paço no fim do liv 1 fol. 284 § 12. »

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 184.

(2) Vide nota (2) supra, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 185.

Consulte-se tambem a Lei de 24 de Julho de 1713 no § 23 á pag. 724 desta obra.

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.* que são importantes, Pereira de Cestro—*Dec.* 98, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 9 nota, e t. 9 § 20, e liv. 4 t. 3 § 3, e Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 1 *Diss* 3 á pags. 16, 45 e 86, *Dir. Emphy.* to. 1 pag. 280, *Notas á Mello* to. 2 pags. 516, 523, 530, 541 e 558, e *Obrig.* pag. 33.

(4) De conformidade com o Alv. de 25 de Janeiro de 1775, que segundo o Ass. de 24 de Maio de 1785, não comprehendia as doações anteriores.

Vide Corrêa Telles—*Interp.* § 45.

Cumpre notar que, em vista da Ord. deste liv. t. 19 pr., sempre que a doação tem de ser *insinuada*, a escriptura publica he de substancia do contracto, i. e., essencial, exceptuadas as doações entre parentes nos casos da Ord. liv. 3 to. 59.

Vide T. de Freitas—*Consol.* arts. 411 e 413 e notas, e Rebouças—*Obs.* ao art. 413.

(5) Vide sobre o processo das insinuações a Ord. do liv. 1 t. 3 § 1, e liv. 3 t. 85, e Regim. novo do Dezembargo do Paço § 110.

A L. de 25 de Janeiro de 1775 marcava o prazo de *quatro* mezes para ser requerida a insinuação, declarando que bastava o lapso desse termo, sem outra interpellação para se julgarem *nullas* as doações.

Esse praso foi reduzido a dous pela L. de 22 de Setembro de 1828 art. 2 § 1 nestes termos:

« A insinuação das doações, que será pedida, e averbada no *livro competente* e dentro de dous mezes depois da data da escriptura. »

T. de Freitas na *Consol*, art. 414 nota diz que não lhe consta a existencia do livro de que trata a Lei de 1828.

Perdigão Malheiros no *Manual do Procurador dos Feitos* nota 1188 diz: que este livro não consta que se tenha creado, averbando-se a insinuação no *livro de Notas* respectivo.

Rebouças nas *Obs.* ao art. 414 da *Consol.* diz: que ao tempo da confecção da L. de 1828 existia o *livro* á que a mesma Lei se reporta, e continuára a existir na Chancellaria-mór, até que por outra L. de 4 de Dezembro de 1830 ficarão abolidos os registros das mercês, das Cartas, Alvarás, que ali se fazião, sendo os livros de taes registros archivados na Secretaria do Imperio.

(6) Cumpre notar que a sentença da insinuação, i. e., approvando a doação não terá execução judicial sem o pagamento dos respectivos direitos; e para esse fim he indispensavel que se faça a respectiva avaliação pela

perguntados alguns seus visinhos (1), que tenham razão de saber como a doação foi feita (2).

A qual inquirição vista per Nós, ou pelos ditos Desembargadores, se per ella se mostrar, que foi feita bem, e como devia, e que aquelle, que a fez, he contente, que seja per Nós confirmada, ser-lhe-ha dada nossa Carta de confirmação (1), e de outra maneira não (2).

M.—liv. 4 t. 54 § 1.

TITULO LXIII

Das doações e alforria (3), que se podem revogar por causa de ingratidão (4).

As doações puras e simplesmente feitas sem alguma condição, ou causa passada, presente, ou futura (5), tanto que são feitas per consentimento dos que as fazem, e acei-

---

autoridade judicial que approva a doação, descontando-se os encargos dos bens ou impostos á pessoa do donatario (Alv. de 11 de Abril de 1661 § 49, Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 1, *Diss.* 3 § 113, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 nota art. 112, Coelho da Rocha—*Dir. Civ. Port.* § 756, e Ramos—*Apont.* § 363.

T. de Freitas na *Consol.* art. 416 nota (2) diz o seguinte:

« Da insinuação paga-se o imposto de quatro por cento da cousa doada, exceptuadas as doações á descendentes ou ascendentes (*Tabella* de 1841 § 43).

« O imposto refere-se á insinuação, e *não* á doação; e póde acontecer que a doação que se pretende insinuar não seja confirmada. Entretanto *está em uso* não lavrarem os Tabelliães as escripturas sem o pagamento dos quatro por cento, cujo conhecimento transcrevem, como o das sisas.

« Vide Av. n. 178—de 11 de Julho de 1855 e Ord. n. 82—de 10 de Março de 1858.

« Esta Ordem confirma a excepção que *isenta* do imposto as doações de qualquer valor feitas por ascendentes á descendentes, e vice-versa, e della conclue o *Manual do Procurador dos Feitos* nota 1179, que o imposto de 4 por cento paga-se do valor integral da doação sem deducção da somma até a qual se póde doar sem insinuação.

« Tal conclusão me parece inadmissivel, porque se o imposto he da insinuação, e *não* da doação, torna-se claro que não alcança a somma até a qual se póde doar sem insinuação; do contrario a conclusão vai longe, e todas as doações ficarião sujeitas ao imposto, ainda que independentes da insinuação. »

O pagamento do imposto deve ser posterior a insinuação (Avs. n. 271—de 15 de Novembro de 1851, e n. 178—de 11 de Julho de 1855).

Não pagão este imposto:

1.º—As doações dos descendentes e ascendentes do do doador, seja qual fôr a quantia (L. n. 243—de 30 de Novembro de 1841 art. 24, e tabella § 43).

Sobre esta especie diz Perdigão Malheiros no *Manual do Procurador dos Feitos* § 559 nota 1180:

« Mas são exceptuados quaesquer descendentes e ascendentes, ou *somente* os herdeiros necessarios?

« Parece que a lei só contempla á estes, como á respeito da taxa hereditaria resolvêo o D. n. 1343—de 8 de Março de 1854; por serem elles os unicos favorecidos com taes isenções de direitos. »

2.º—As doações de Apolices de valor inferior á taxa legal (Av. n. 62—de 31 de Julho de 1844).

3.º—As alforrias (Av. n. 119—de 10 de Setembro de 1847, Cir. n. 168—de 16 de Outubro de 1850—tabella, observ. 9); por não ser propria e rigorosamente doação.

4.º—As doações á Fazenda Publica por que estão isentas de insinuação (Av. de 30 de Dezembro de 1843 no *Jornal do Commercio* n. 5 de 1844).

5.º—As nomeações de prazo com reserva do usufructo, por tambem estarem isentos da insinuação (Prov. de 17 de Agosto de 1801).

6.º—As doações *causa mortis*, por identico motivo (Res. de 10 de Outubro de 1805).

(1) *Visinhos* São tambem inquiridos os parentes que são ou devem ser herdeiros do doador.

(2) A pratica da insinuação consiste na inquirição tanto do doador, como dos seus visinhos conforme as prescripções tanto desta Ord. como da Lei de 1828 supra citada.

Este processo que outr'ora se fazia perante os Juizes do Civel, que erão os de primeira instancia, hoje se fazem perante os Juizes Municipaes, que os substituirão (D. n. 143—de 15 de Março de 1842 art. 2 § 5, que se póde ler á pag. 306 desta obra).

Na insinuação das doações das mulheres tambem observa-se o Al. de 24 de Julho de 1743 no § 23.

(1) *Carta de Confirmação.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 417 § 2 nota diz o seguinte:

« Estão sujeitos ao sello proporcional todas as doações, sejão *inter vivos* ou *causa mortis*? Parece que sim, porque a secç. 2 cap. 2 t. 1 do Reg. n. 2713—de 26 de Dezembro de 1860 falla *em geral* de escripturas ou escriptos de doação. »

O Av. n. 210—de 28 de Março de 1840 declara os casos em que se deve haver os direitos das doações ou vendas dos terrenos de Marinha.

O Av. n. 271—de 15 de Novembro de 1851 declara, referindo-se á transferencia de Apolices, que quanto ao sello das doações deve-se sómente o *fixo* das escripturas respectivas, e não o *proporcional*, a que não está sujeita a transferencia das Apolices da Divida Publica.

O Av. n. 178—de 11 de Julho de 1855 declarou, que a carta de promessa de doação de uma escrava não está sujeita ao pagamento de direitos e sello.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Almeida e Souza—*Fascic* to. 1 pag. 109, e Perdigão Malheiros—*Manual do Procurador dos Feitos* de § 557 á 566.

(3) *Alforria.* Esta palavra vem do Arabe *al-horria*, significa a liberdade do captiveiro, concedida ao escravo. No sentido figurado significa o estar livre de qualquer encargo ou oppressão.

Carta de alforria, o titulo concedendo a liberdade.

As *alforrias*, como em outro lugar já notámos, não são propriamente doações.

T. de Freitas na *Consol.* art. 417 § 3 nota diz o seguinte:

« Não são *propriamente* doações (Savigny— *Tratado de Direito Romano* § 148), por que uma das partes abandona uma porção de seus bens, e a outra adquire sua liberdade.

« Sem duvida (*palavras* do cit. Savigny) o senhor que liberta um escravo sacrifica por liberalidade uma propriedade verdadeira, e de seu lado verificão-se as condições essenciaes da doação. O escravo libertado recebe o unico beneficio que um homem póde fazer á outro, porém o senhor não transmitte ao libertado a propriedade do escravo.

« Esta propriedade fica completamente aniquilada, e a *alforria* crêa um homem livre, um sujeito capaz de direito.

« A alforria testamentaria ou entre vivos, não era uma doação, e nunca se lhe applicou a insinuação. Se no Direito Romano se a tem chamado *donatio*, he no sentido improprio desta palavra. »

Vide sobre esta materia a mesma obra art. 42 e nota respectiva, que he importante; e sobretudo Perdigão Malheiros no seu Ensaio historico juridico e social, intitulado a *Escravidão no Brazil* em differentes lugares.

He trabalho de muito merecimento, e digno de ser consultado, emquanto a escravidão durar em nosso Paiz.

(4) Vide nota (3) á rubrica da Ord. deste liv. t. 62.

(5) T. de Freitas na *Consol.* art. 419 nota, exprime-se nestes termos:

« *Doação pura e simples*: he em Direito a que não he condicional como a citada Ord. (t. 63 pr.) explica pelas palavras — *sem condição*; porém o pensamento

tação daquelles, a que são feitas, ou do Tabellião (1), ou pessoa, que per Direito em seu nome póde aceitar (2), logo são firmes e perfeitas, de maneira que em tempo algum não podem ser revogadas(3). Porém, se aquelles, a que foram feitas, forem ingratos contra os que lhas fizeram, com razão podem per elles as ditas doações ser revogadas por causa de ingratidão (1). E as causas são as seguintes (2):

M.—liv. 4 t. 55 pr.

1. A *primeira* causa he, se o donatario disse ao doador, quer em sua presença, quer em sua absencia, alguma grave injuria, assi como se lha dissesse em Juizo, ou em publico, perante alguns homens bons, de que o doador recebesse vergonha. E se fòr duvida, se a injuria assi feita he grave, ou não (3), fique em arbitrio do Julgador (4).

M.—liv. 4 t. 55 § 1.

2. A *segunda* causa he se o ferio com pào, pedra, ou ferro, ou pòz as mãos nelle irosamente com tenção de o injuriar e deshonrar (5).

M.—liv. 4 t. 55 § 2.

3. A *terceira* causa he, se o donatario tratou negocio, ou ordenou cousa, por que

---

desta Ord. he mais amplo, porque comprehende tambem a doação feita — *sem causa passada, presente*, ou *futura*.

« As palavras — *causa passada* ou *presente* alludem ás *doações remuneratorias*, i. e., feitas para recompensar serviços anteriores do donatario ou serviços actuaes.

« As palavras — *causa futura*, indicão o que em Direito chama-se *modo* ou *fim*, i. e., *doações modaes*, doações feitas com o encargo de prestar o donatario algum serviço ou de fazer alguma cousa. »

(1) *Tabellião ou pessoa, que por Direito em seu nome póde aceitar.*

Não vale a doação, e póde ser revogada emquanto não fòr acceita pelo donatario.

Coelho da Rocha do *Dir. Civ.* § 751 scholio diz o seguinte:

« A doação *inter vivos* sómente se torna verdadeiro contracto, e irrevogavel, desde que o doado *acceitar*; de maneira que, se he feita por escripto, por carta, ou por outro qualquer modo em favor de um *ausente*, emquanto este, ou as pessoas que legitimamente o representão, *a não acceita*, póde o doador arrepender-se.

« Porém se a doação era feita em *escriptura* na Nota, estabelecerão os Interpretes do Direito Romano; que bastava a acceitação do Tabellião em nome do doado ausente para ella ficar perfeita e irrevogavel.

« Esta regra foi adoptada na Ord. do liv. 4 t. 63 pr.; e á ella alludem as palavras tabelliòas usadas nas nossas escripturas: que o Tabellião acceita — *em nome de quem tocar ausente*.

« Os Interpretes fundarão aquella disposição em que os Tabelliães entre os Romanos erão *escravos publicos*: e assim como os escravos particulares podião adquirir, e acceitar doações para seus senhores, *etiam ignorantibus*, tambem os publicos o podião fazer em favor de quaesquer pessoas (Voet — *ad Pand.* L. 39 tit. 5 n. 12).

« Os Codigos modernos proscreverão tal fórma de acceitação (*Cod. Civ Francez* art. 932, e da *Sardenha* art. 1127); á excepção das doações para casamento, de que adiante fallaremos.

« Se o doado morrer antes da acceitação, poderão seus herdeiros ainda acceitar? O Cod. da Prussia p. 1 tit. 5 art. 107 e tit. 11 art. 1062 decide affirmativamente: excepto se ella era feita especialmente em attenção ás qualidades pessoaes do doado.

« Se morrer o doador antes da acceitação? Os seus herdeiros podem retracta-la, *excepto* se ainda não tinha expirado o praso fixado para chegar a resposta. »

Reputa-se prodigo, e a doação he nulla, se o doador dóa todos os seus bens sem reserva com que honestamente possa viver (Corrêa Telles — *Dig. Port.* to. 3 art. 93 e 94, e Ord deste liv. t. 70 § 3).

(2) Vide mais adiante a nota ao § 5 desta Ord.

Ha controverso se a doação póde ser revogada *verbalmente*: a opinião mais segura he a negativa, maxime se já se houver transferido ao donatario o objecto dado.

(3) T. de Freitas na nota ao art. 419 citada, expõe ainda o seguinte:

« Disendo esta Ord. pr. no primeiro periodo que as *doações puras* não podem ser revogadas, não se conclúa à *contrario sensu* que são revogaveis á arbitrio dos doadores as *doações condicionaes*, as *doações remuneratorias*, e as *doações com encargos*.

« As *doações condicionaes* só podem ser revogadas por arbitrio dos doadores, quando assim se tem expressamente estipulado; fóra deste caso só ficão revogadas pelo não cumprimento da condição.

« As *doações remuneratorias*, que são contractos bilateraes, não podem ser revogadas sem consentimento dos donatarios.

« As *doações com encargos* estão no mesmo caso das condicionaes, e só podem ser revogadas se os donatarios não cumprem o encargo.

« Este caso está comprehendido no § 5 da citada Ord. (art. 420) como de revogação por motivo de ingratidão, o que não guarda harmonia com o preambulo da Ord, por isso mesmo que tal caso não he de doação pura e simples. »

(1) O mesmo Jurista na nota supracitada continúa desta fórma:

« Disendo esta mesma Ord. *princ.* no segundo periodo, em referencia ás doações *puras* que os doadores podem revoga-las por causa de ingratidão; tambem não se conclúa à *contrario sensu* que a revogação por ingratidão não he concedida relativamente á todas as outras doações que não são puras.

« A conclusão fòra procedente quanto ás doações remuneratorias, que certamente o doador não pode revogar por causa de ingratidão. Não fóra porem procedente quanto ás doações *condicionaes* e doações *com encargos*.

« Quanto ás *condicionaes*, por que antes do cumprimento da condição pode dar-se ingratidão do donatario, e por tanto applica-se o pensamento da lei.

« Quanto ás doações *com encargos*, porque tanto he possivel sua revogação por ingratidão, que o caso está previsto no § 5 da Ord., e vai consolidado no art. 420.

« A alforria por acto entre vivos, tambem he irrevogavel da parte de senhor ou seus herdeiros (*Codigo da Luisiana* art. 189). »

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Guerreiro — *de Division.* liv. 7 cap. 1, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 2 nota (a) á pag. 159, Portugal—*de Donat.* præl. 2 n. 16 e seguintes, Pegas—*com.* á Ord. do liv. 1 t. 3 § 1 cap. 25 n. 187, Pereira de Castro—*Dec.* 72, Phœbo—*Dec.* 105 n. 36, 37 e 38, Mello Freire — *Inst.* liv. 4 t. 6 § 21 nota, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* t. 2 pag. 151, e *Obrig.* pag. 145.

(3) Vide Ord. deste liv. t. 88 § 5, e liv. 5 t. 50 § 2.

Para que as injurias ditas na ausencia possão ser por taes consideradas, he mister que o injuriante as dissesse com animo de chegarem ao conhecimento do doador; do contrario não podem ter o effeito juridico desta Ord.

Não obstante a injuria lançada contra o morto póde ser perseguida pelos seus herdeiros, quando o proposito do injuriante he manifestamente de diffamar o doador.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (a) á pag. 163; e nota (c) á pag. 504, e to. 3 nota (b) á pag. 77, e nota (a) á pag. 78.

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 5 § 3.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords* to. 2 nota (a) á pag. 163, e Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 5 § 3.

viesse grande perda e dano ao doador em sua fazenda, ainda que seu proposito não tivesse real effeito; porque neste caso sua má tenção deve ser havida por consummada, se para isso fez tudo o que pôde, e não ficou per elle vir a effeito (1).

M.—liv. 4 t. 55 § 3.

4. A *quarta* causa he, quando o donatario per alguma maneira insidiou ácerca de algum perigo e dano da pessoa do doador: assi como, se elle per si, ou per outrem lhe procurasse a morte, ou perigo de seu corpo, ou stado, posto que seu proposito não tivesse effeito como fica dito no paragrapho precedente (2).

M.—liv. 4 t. 55 § 4.

5. A *quinta* causa he, quando o donatario prometteu ao doador, por lhe fazer a doação, dar-lhe, ou cumprir-lhe alguma cousa (3), e o não fez, nem cumprio, como promettêo (1).

M.—liv. 4 t. 55 § 5.

6. Se alguma mulher depois da morte de seu marido fizer doação a algum seu filho, que delle tenha, e depois da doação se casar com outro marido, se depois esse filho fôr ingrato contra ella, poderá ella revogar essa doação por cada huma destas trez causas de ingratidão sómente.

A *primeira*, se esse filho insidiou a vida de sua mãi.

A *segunda*, se pôz as mãos irosamente nella.

A *terceira*, se ordenou alguma cousa em perda de toda sua fazenda.

E não poderá revogar essa mãi em outro caso algum a doação, feita a seu filho, por outra causa de ingratidão; por quanto he presumpção de Direito, que, pois ella se casou com outro marido depois da doação feita, facilmente a seu requerimento se moveria a revogal-a: e por tanto lhe foram coarctadas as causas de ingratidão, porque podesse revogar a dita doação (2).

M.—liv. 4 t. 55 § 6.

7. Se alguem forrar seu scravo, livrando-o de toda a servidão (3), e depois que fôr

---

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 164, e Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 5 § 3.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 164, e Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 5 § 3.

(3) *Dar-lhe ou cumprir-lhe alguma cousa.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 420 e nota diz o seguinte:

« He revogavel a doação *condicional*, se o donatario deixar de cumprir qualquer promessa, a que por motivo da doação sujeitou-se para com o doador. »

E na nota continuando diz:

« Tambem he revogavel, dizem os Praxistas, pela superveniencia dos filhos ao doador autorisando-se com a Ord. do liv. 4 t. 65 pr., relativa ás doações entre marido e mulher.

« Eu não vejo tal cousa na lei, embora Mello Freire — *Inst.* liv. 4 t. 3 § 3, diga com sua autoridade magistral que a Ord. deve assim ser entendida. Seu commentador Liz Teixeira — *Dir. Civ.* to. 1 pag. 513, com muita razão não conformou-se com tal intelligencia.

« Será revogavel, como igualmente dizem os Praxistas, por ser *inofficiosa*, isto he, quando feita pelo pai em fraude das legitimas de seus filhos?

« Tambem não vejo isto em lei, nem ha exemplo em nosso fôro de revogação por tal motivo de doação feita pelo pai á estranhos. As doações *inofficiosas* que conhecemos são as da Ord. do liv. 4 t. 97 § 3 (arts. 1197 e 1198 da *Consol.*), feitas pelo pai ou mãi á algum de seus filhos em prejuizo das legitimas dos outros. Póde-se entretanto argumentar com a Ord. liv. 4 t. 47 § 1 (arts. 91 e 92 da *Consol.*), e t. 65 § 1 e 2 (arts. 139 á 142 *Consol.*), porque a razão he a mesma.

« He porém revogavel a doação, sempre que fôr feita em fraude de credores (Vide nota aos arts. 383 e 385 da *Consol.*).

« Em materia de fallencia o nosso Cod. do Com. art. 827, n. 1, estabelece em favor da massa fallida sómente um caso de presumpção de fraude dessas doações em prejuizo dos credores, a saber, quando são feitas depois do ultimo balanço, constando neste que o activo era inferior ao passivo.

« Fóra deste caso a fraude das doações deve ser provada como diz o art. 828 do cit. Codigo.

« Tal prova existe (trata-se ou não do devedor fallido) convencendo-se que na epocha da doação o doador achava-se em estado de insolvencia, ou reduzio-se á tal estado por motivo da mesma doação; sem que seja necessario provar que da parte do donatario houve má fé, *scilicet*, conhecimento da insolvencia do doador (L. 6 § 11 Dig. *quæ in fraud. cred.*, e Corrêa Telles—*Doutr. das Acç.* § 108 nota 1.)

Continuando na mesma nota diz:

« O que se acaba de diser sobre a *fraude* das doações procede sem differença quanto ás *alforrias* em fraude dos credores de quem as dá (Inst. *Qui et quib. ex caus manumit. non pos.* § 3 Dig. *qui et à quib. manumis. lib. non fiunt*, Cod. *qui manumit non pos. et ne in fraude credit. manumit*).

Vide a nota ao art. 1131 da *Consol.*

« Tudo o que ahi se diz sobre a *fraude* das alforrias concedidas em disposição da ultima vontade he applicavel ás concedidas por acto *entre vivos.* »

Na nota ao art. 417 § 2 diz o mesmo Jurista:

« São revogaveis as doações estipuladas em escripturas ante nupciaes para se verificarem por *morte* do doador?

« Esta duvida foi affirmativamente decidida pelo Ministerio da Fazenda em 29 de Abril de 1862, interpretando o Reg. de 15 de Desembro de 1860, em solução do quesito de estarem ou não sujeitas á taxa essas doações.

« Não me parece exacta tal decisão, nem fundada na doutrina de Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 14 § 133 n. 7.

« São irrevogaveis não só as doações promettidas entre esposos para depois do fallecimento de um delles, como as promettidas por causa de casamento para depois do fallecimento dos doadores; entendendo-se que nestes casos não se dispõe dos bens por via de futura successão. »

Vide Corrêa Telles—*Dig Port.* to. 3 do art. 141 a 147, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ* § 761.

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*d*) á pag. 161, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 5 § 3, e Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 2 pag. 205.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 179, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 6 § 1 e 14.

Consulte-se tambem sobre esta Ord. Borges Carneiro—*Dir. Civ. Port* liv. 1 t. 20 n. 6 nota (*a*).

(3) *Livrando-o de toda a servidão.*

Por tanto se conceder a liberdade com algum onus fica privado desta acção.

Loureiro no *Dir. Civ. Braz.* § 9 pensa de outra sorte, mas parece-nos que sem fundamento em vista das palavras da Ord.— *toda a servidão.*

Eis suas expressões.

forro, commetter contra quem o forrou, alguma ingratidão pessoal em sua presença, ou em absencia, quer seja verbal, quer de feito e real, poderá esse patrono revogar a liberdade, que deu a esse liberto, e reduzil-o á servidão, em que antes stava (1). E bem assi por cada huma das outras causas de ingratidão (1), porque o doador póde revogar a doação feita ao donatario, como dissemos acima (2).

M.—liv. 4 t. 55 § 7.

8. E bem assi, sendo o patrono posto em captiveiro, e o liberto o não remir, sendo possante para isso (3), ou stando em necessidade de fome (4), o liberto lhe não soccorrer a ella, tendo fazenda, por que o possa fazer, poderá o patrono revogar a liberdade ao liberto, como ingrato, e reduzil-o á servidão, em que antes stava (5).

M.—liv. 4 t. 55 § 8.

9. E se o doador, de que acima fallámos, e o patrono, que por sua vontade livrou o scravo da servidão (6), em que era posto, não revogou em sua vida a doação feita ao donatario, ou a liberdade, que deu ao liberto, por razão da ingratidão contra elle commettida, ou não moveo em sua vida demanda em Juizo para revogar a doação ou

---

« Não se fazem porém escravos, senão os *libertos imperfeitos*, que são reduzidos á escravidão, em que antes estavão, em pena de alguma das ingratidões referidas na Ord. do liv. 4 t. 63, imposta por sentença civil, dada em Juizo contradictorio e plenario, com perfeita prova da ingratidão commettida.

« Entendemos aqui por *libertos imperfeitos* aquelles que ainda não entrarão no pleno goso da liberdade natural, por terem ficado sujeitos ao serviço dos seus patronos por certo e determinado tempo, por virtude da condição accrescentada ao acto da manumissão. »

Portanto este Jurista refere-se ao *Statuliber* de que não trata esta Ord.

Quanto aos outros denominados *libertos perfeitos*, ou sejão crioulos ou Africanos, he sua opinião que não podem voltar ao captiveiro por sua ingratidão.

(1) Os libertos nascidos no Paiz, ou naturalisados não estão sujeitos á esta pena, em vista do que dispõe a Constituição do Imperio no art. 6 § 1 e art. 94 § 2, que estabelecem os unicos casos em que um cidadão Brazileiro perde essa qualidade.

Accresce que se a lei considera um crime a reducção de pessoas livres á escravidão (Cod. crim. art. 179), como tornar licito acto tão reprovado ?

Rebouças nas *Obs.* ao art. 421 § 4 do *Consol.* combate esta doutrina, e sua opinião conta em favor algumas decisões dos Tribunaes, e o principio estabelecido na L. de 20 de Outubro de 1823 art 1, de que as Ordenações continuarão em vigor, emquanto senão organisasse um novo Codigo, ou não fossem ellas—*especialmente* alteradas.

Mas T. de Freitas parece-nos que perfeitamente responde ás objecções de Rebouças nas seguintes palavras :

« Procederia esta argumentação, se eu negasse que o liberto perdia a qualidade de cidadão pelas mesmas razões porque póde perdê-la o ingenuo, ou se o ingenuo pelo facto de perder a qualidade de cidadão ficasse escravo como o liberto, cuja alforria fosse revogada por ingratidão. Nada disto.

« A impossibilidade vem, admittida a revogação das alforrias por ingratidão, de termos mais um caso de perda de direitos do cidadão, alem dos trez que o art. 7 da Constituição do Imperio taxativamente designa ; e creio que por este motivo nossas idéas forão approvadas como verdadeiras no Relatorio da illustrada commissão que revio nosso trabalho.

« Tanto tem elle de rasoavel que, não obstante a Ord. liv. 4 t. 63 § 7, os Praxistas entenderão que não era possivel revogar por ingratidão a *alforria* do liberto Clerigo—Lima *com.* á esta Ord. n. 5 (e tambem Barbosa *com.* n. 5).

« A rasão entretanto, devo confessa-lo, não he invencivel ; porquanto, além deste caso de revogação de alforria, podem dar-se outros, ou por effeito de nullidade em geral (L. 19 Dig. *qui et à quib. manumis*), ou particularmente quando a alforria he concedida em fraude dos credores do libertante, da legitima ou legitimas de seus herdeiros necessarios, ou da meação e direitos de sua mulher.

« Ceda embora ao art 7 da Const. do Imperio a revogação da alforria por ingratidão do libertado para com o libertante, já que esta causa de revogação he toda pessoal e não offende direitos de terceiros.

« Repugna porém salvar a lei fundamental á custa da moralidade, e do prejuiso de terceiros, nos casos em que as alforrias são fraudulentas. Não se póde suppôr que fosse este o alcance do art. 6 § 1 da Constituição, declarando que os libertos são Cidadãos Brazileiros.

« Admittido este caso possivel de revogação de alforrias, *quid* — se a liberta teve filhos depois da alforria ? A solução he a mesma, como no caso da revogação por ingratidão, e acha-se na Lei 2 Cod. *de libert. et eorum liber*. São escravos os filhos concebidos depois da revogação, não assim os concebidos antes della (*Consol.* art. 1). »

Vide sobre esta materia Loureiro — *Dir. Civ. Braz.* § 9 *in fine*, Ribas — *Dir. Civ. Braz.* to. 2 tit. 4 cap. 3 § 2 nota (3), e Perdigão Malheiros — *Escravidão no Brazil* do § 146 a 149 e nota 819.

(1) Refere-se aos § 1, 2, 3 e 4 desta Ord.

A doação não se revoga por causa de ingratidão:

1 Se he remuneratoria, ou feita por causa onerosa, á menos que não exceda o valor do serviço.

2.—Se fôr feita por causa de casamento, emquanto elle dura.

3.—Sendo feita á Igreja.

4.—Se antes de praticada a ingratidão, o doador passar á outrem a cousa doada.

(2) Vide Barbosa e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira— *Rep. das Ords.* to. 2 nota (c) á pag. 161, Mello Freire — *Inst.* liv. 2 t. 1 § 12, e Almeida e Sousa — *Dir. Emph.* to. 1 pag. 315.

(3) Hoje he isso difficil ao menos entre populações Christãs.

(4) *Necessidade de fome.*

Se o liberto tem ou não rigorosa obrigação de alimentar o patrono, consulte-se o Ass. de 9 de Abril de 1772, Borges Carneiro — *Dir. Civ. Port.* liv. 1 t. 19 § 176 n. 8, e Perdigão Malheiros — *Escravidão no Brazil* nota 804.

Coelho da Rocha no scholio ao § 760 do seu *Dir. Civ.* diz o seguinte :

Em lugar da causa de revogação — *ob paupertatem supervenientem*, consignada por Mello no liv. 4 t. 3 § 3, mais difficil de liquidar, parece preferivel a *prestação de alimentos*.

« No Cod. da Prussia p. 1 tit. 11 art. 1123 impõe-se ao doado a obrigação de dar ao doador, que cahe em pobresa, seis por cento sobre a somma doada, ou o valor da cousa ; e o Cod da Austria, art. 947 manda neste caso dar-lhe os juros legaes do valor doado, uma vez que o donatario se não ache tambem em indigencia.

« Por Direito Romano tinha o doador o beneficio *competentiæ*, ou *in quantum facere potest* L. 12 e 13 pr Dig. *de donation*.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire — *Inst.* liv. 2 t. 1 § 12.

(6) *E se o doador... ... e o patrono, que por sua vontade livrou o scravo da servidão.*

Além da obra já citada de Perdigão Malheiros — *Escravidão no Brazil*, e T. de Freitas — *Consol.* art. 42 e 63.

Cumpre notar que não ha alforria, se o senhor, não tendo intenção de libertar o escravo, mas e tão somente de isenta-lo do castigo, declarar falsamente em

liberdade, não poderão depois de sua morte seus herdeiros fazer tal revogação (1).

E bem assi não poderá o doador revogar a doação ao herdeiro do donatario (2) por causa da ingratidão pelo donatario commettida, pois a não revogou em vida do donatario, que a commetteo. Porque esta faculdade de poder revogar os beneficios por causa da ingratidão, sómente he outorgada áquelles, que os beneficios deram, contra os que delles os receberam, sem passar aos herdeiros, nem contra os herdeiros de huma parte, nem da outra (3).

M.—liv. 4 t. 55 § 9.

10. E posto que na doação feita de qualquer beneficio seja posta alguma clausula, porque o doador prometta não revogar a doação por causa da ingratidão, tal clausula não valha cousa alguma (4), e sem embargo della a doação poderá ser revogada por causa de ingratidão, segundo temos declarado. Porque, se tal clausula valesse, provocaria os homens para facilmente cairem em crime de ingratidão.

M.—liv. 4 t. 55 § 10.

TITULO LXIV.

Da doação de bens moveis, feita pelo marido sem outorga da mulher(1).

Para que os maridos não dem os bens moveis, ou dinheiro em prejuizo de suas mulheres (2), mandamos que se os maridos derem, ou fizerem doação em suas vidas de alguns bens moveis, ou dinheiro (3) a algumas pessoas sem consentimento de suas mulheres, que o que assi derem se desconte, quando o Matrimonio entre elles fôr separado, na parte e quinhão do dito marido (4), ou

---

Juizo que he livre (L. 17 § 1 Dig. *qui et à quib. manumis.*

Não temos lei, diz T. de Freitas, que authorise alforrias *tacitas*, e apenas a Prov. de 15 de Desembro de 1823 dá noticia de um caso dellas, e sem que o admitta, a saber, quando o senhor abandona seu escravo doente. »

Outro caso de alforria tacita he o da Ord. deste liv. t. 92 princ.

Sobre as alforrias *forçadas* consulte-se o Av. n. 388—de 21 de Desembro de 1855, nos *additamentos* á este liv. e nota ao art 63 da *Consol.*

Este Av. n. 388—de 1855, decide a questão sobre a maneira por que deve proceder o Juizo de Orphãos, quando no acto de se vender em hasta publica um escravo pertencente á varios herdeiros se apresentar um licitante a offerecer o preço de sua avaliação para *liberta-lo.* Vide notas a Ord. deste liv. t. 11 § 4.

(1) Mas os herdeiros podem continuar a acção começada pelos respectivos doadores (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 art. 136).

Revogada a doação por ingratidão, subsistem as alienações e encargos impostos sobre os bens pelo doado antes de demandado, ficando porém responsavel pela indemnisação do valor delles, assim como dos fructos desde a citação (L. 7 Cod. *de revoc. donat.* e Cod. Civ. Francez art. 958).

Vide Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 760, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 arts. 138 e 139.

Cumpre todavia observar que os herdeiros tem essa faculdade se o doador morrer de repente, ou esteve impedido de poder propor a acção, ou se ignorou em sua vida a ingratidão, ou se não tinha de cumprir-se em sua vida a condição ou promessa (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*c*) a pag. 176, e nota (*b*) á pag. 391).

A Ord. do liv. 3 t. 25 § 1 e seguintes apresenta exemplos em que, como nesta Ord., não se transmittem os direitos.

(2) Mas pode com elles proseguir-se a causa começada (L. 13 pr. Dig. *de injur.*, Domat—*Lois Civiles* liv. 1 tit 10 secç. 3 art. 11, e Corrêa Telles —*Dig. Port.* to. 3 art. 137 e 149).

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 1 § 12, liv. 3 t. 7 § 7, e liv. 4 t. 3 § 3, e Almeida e Sousa—*Dir. Emph.* to. 1 pag. 333, *Notas á Mello* to. 3 pag. 372, *Fascic.* to 2 pag. 205, e *Obrig.* pag. 218 e 220.

(4) Vide Ord. deste liv. tit. 11 § 4 e D. de 21 de Julho de 1702, Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 1 nota (*c*) á pag. 482, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 8 § 12, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 1 pag. 305.

(1) Vide nota (2) á rubrica do tit. 62 deste liv., Coelho da Rocha — *Dir. Civ.* § 232, e Loureiro — *Dir. Civ. Braz.* § 146.

(2) *Em prejuizo das mulheres.*

« As palavras desta Ord., *em prejuizo das mulheres*, diz Borges Carneiro *Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 119 e n. 5 nota, estão aqui como a causa motriz da lei, e não exigem se prove o effectivo prejuizo dellas. »

Vide Pereira de Castro — Dec. 50, n. 7, Phœbo — Dec. 98 n. 11, e Dec. 115 n. 10, Guerreiro—*de Division.* liv. 6 cap. 3 n. 26, Valasco — *de Partit.* cap. 24 n. 18, e Silva Pereira *Rep. das Ords.* to. 1 nota (a) a pag. 364 e to 2 nota (*c*) á pag. 165.

Consulte-se tambem Cabedo— p. 1 Dec. 106, Gama —Dec. 226, e Pegas — *Forens.* cap. 31 n. 556.

(3) *Bens moveis ou dinheiro.*

Ergo, diz Barbosa *com.* n. 6, o dinheiro não se computa como bem movel.

Vide tambem sobre esta differença o mesmo Barbosa — *com.* ao tit. 66 n 3.

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 119 n. 7 diz o seguinte :

« Sobre alienar bens moveis ou *gastar dinheiro* se permitte na pratica, por costume, ao marido *maior* liberdade do que geralmente tem qualquer socio pelas leis do contrato da sociedade, pois he cabeça de familia, e se nisso quizer proceder-se com rigor, se occasionarão muitos pleitos, e se atropellará a honra do matrimonio. »

(4) *Quinhão do dito marido.*

« Isto he, diz T de Freitas na *Consol.* art. 129 nota, findo ou separado o matrimonio se descontará a importancia dos bens doados na meação do marido.

« *Quid*, se a importancia dos bens doados fôr superior ás forças da meação ? As palavras finaes da Ord. do liv. 4 tit. 64, tratando das doações *immensas—se o tiver para as desfazer*, indicão que a mulher *neste caso* póde demandar aos donatarios a restituição dos bens doados.

« Isto se deve entender só na parte do excesso da meação do marido, e os donatarios podem indemnisar com dinheiro.

« Esta disposição he comprehensiva da *alforria gratuita* de escravos do casal, ou porque o marido receba todo o valor do libertado, ou parte delle ? Se recebe todo o valor, não he applicavel a disposição do art., se recebe sómente parte delle, procede a disposição do art. quanto á parte remittida.

« Pode a mulher sem consentimento do marido *libertar* escravos do casal ? Absolutamente não, ainda que a alforria não seja gratuita »

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 121 n. 1 partilha identica opinião E em nota diz :

« Sem razão Phœbo na Dec. 180 cit. de n. 22 em diante, pretendeu mostrar ser valido o contracto sobre moveis; reconhecendo comtudo ser *esta* a pratica de julgar. A proposição do texto na Hespanha he expressa na lei 54 do *Toro.* »

de seus herdeiros, Porém, isto não haverá lugar nas doações remuneratorias (1), ou de esmolas, que o marido fizer, porque as poderá fazer dos bens moveis sem consentimento de sua mulher, salvo se as ditas doações, ou esmolas forem immensas (2), porque então ficará seu direito resguardado a mulher, se o tiver, para as desfazer (3).

M.—liv. 4 t. 6 § 11.

TITULO LXV.

Da doação feita pelo marido á mulher, ou pela mulher ao marido (4).

Se o marido fizer doação á sua mulher, ou a mulher á seu marido, depois de re-

---

(1) *Remuneratorias.*

Vide Barbosa *com.* n. 7, Ag. Barbosa nas *Castigat.* n. 218 e 219 e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 119 n. 6

O mesmo Jurista no liv. 1 t. 12 § 121 n. 5 diz, que a mulher não pode fazer pequenas doações, *ainda em remuneração* ou *por esmola*, ou por outras causas pias, contra a opinião de Barbosa,e Lima nos *com.* n. 8 e 9.

E *fazendo-as*, continúa o dito Jurista, se metterão em conta na sua parte quando se fizer a partilha do casal, por argumento da Ord deste liv. t. 64 (Mello Freire—*Inst* liv. 2 t. 8 § 19, Cabedo p 1 Dec. 106 n. 4, *Rep.* t. 2 pag. 165 vb. *doação*, Pegas—*Forens.* cap. 38 n. 29, Phæbo—*Dec* 98 n. 29) :

« Não obstante a opposta opinião do mesmo Phæbo Dec. 180 n. 1. 2, 7 e 8 repugnante a si mesmo. Vide § 123 desta obra (*Dir. Civ.*)n. 1, 9, 10, 11 e 12.»

E em nota diz :

« E no casamento dotal poderá, sem o marido, fazer esmolas dos bens dotaes ou parafernaes ? Vide os Doutores citados no *Rep.* to 3 nota (*a*) á pag 615 vb. *mulher*, e § 151 do mesmo *Dir. Civ.* n 2. »

(2) *Immensas*

Salvo, diz Borges Carneiro, se doar em remuneração, ou por *esmola* Ord cit t. 64, *Rep.* cit pag. 165, e Cabedo—*Dec.* 106 : com tanto que essa doação não seja *immensa, scilicet*, que não caiba na sua parte ; pois fica então salvo a mulher o direito para a desfazer cit. tit 64 e Pegas—*Forens.* cap. 31 n. 56.

Vide Reynoso—*Obs.* 28 n. 6.

(3) Vide Barbosa e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst* liv. 2 t. 7 § 4, t. 8 § 17 nota e § 19, e t. 9 § 47, e Almeida e Souza— *Acç. Sum* to. 1 pag. 534, *Execuç.* pag. 162, e *Notas á Mello* to 2 pag. 385, 417 e 434, e to 4 pag. 460, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 notas(*a*) e (*b*) pag. 438, e nota (*a*) pag 439.

(4) Vide nota (3) á Ord deste liv. t. 62, e sobre tudo Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 16 § 153 e 154

Esta Ord. tem pouco uso entre nós, porque em geral os casamentos se fasem segundo o costume do Reino, em que dá-se o regimen da communhão.

Ora, como se sabe, a doação torna-se inutil neste regimen, porque pelo facto do casamento os bens logo se communicão (Borges Carneiro — *Dir Civ.* liv. 1 t. 16 § 154 n 10, T. de Freitas—*Consol.* art. 136 notas).

Assim ella se não entende:

1.º Na doação entre casados por carta de metade ; mas sómente por dote e arrhas ou com pacto exclusivo da communhão.

2.º Na doação entre-esposos, pois trata dos já casados

3.º a doação entre o concubinario e sua concubina.

Cumpre notar que esta Ord. *procede sómente* na doação, e não em outros contractos entre os conjuges, a menos que não sejão simulados para a defraudar.

Na duvida não se presume doação ; e portanto se o marido dêo á mulher peças de ouro ou prata, pedras preciosas, etc (o contrario nos vestidos de uso quotidiano), se entendem prestadas para seu ornato temporario, e não *doadas.*

cebidos (1), posto que entre elles não interviesse copula(2), poderá o doador revogar (3) essa doação, quando quizer(4). E posto que a não revogue, se o que a fez, não tinha a esse tempo filho algum (5), e depois lhe veio a

---

He *nullo* o pacto que os conjuges poderão fazer doações entre si durante o matrimonio (Borges Carneiro—*Dir Civ.* liv. 1 t. 16 § 154 ns. 13, 14 e 15).

O mesmo Jurisconsulto, em nota ao § 1 de § 154, diz o seguinte:

« A doação de um ao outro conjuge foi primeiro *absolutamente* prohibida pela idéa da *identidade* das pessoas dos conjuges, e pela semelhança do poder paterno que se suppunha haver entre elles. Cessando com o tempo estas razões, se conservou a prohibição, um pouco modificada, pela principal razão de que o amor conjugal não levasse os conjuges a despojarem-se reciprocamente de seus bens, ou pelo contrario não precisassem conciliar-se por dinheiro. *Heineccio*, to. 4 § 214 e segs.

(1) *Doação... depois de recebidas.*

Esta Ord. comprehende: 1—as doações feitas *depois* de contratado o casamento, bem que antes da copula, nunca as anteriores, e nem as feitas depois de já dissolvido o casamento. 2 —a nomeação do prazo dotal que a mulher fizer ao marido.

Esta especie julgou-se comprehendida nesta Ord., o que se confirma pela morte do nomeante (Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 3, nota (*b*) a pag. 438 e nota do Dez. Oliveira).

Borges Carneiro, no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 16 § 154. n. 21 aponta as seguintes excepções a esta Ord :

« Exceptuão-se desta lei, diz elle, e são *valiosas* logo em vida do doador, aquellas doações que o Direito Romano exceptuou, approvadas expressamente na Ord. deste tit. § 3, para onde nos remettemos.

(2) *Interviesse copula* Vide Ord deste liv. t. 46 § 1.

(3) *Poderá o doador revogar.*

Se essa doação se não revoga *em vida*, revalida-se e confirma-se no momento da morte do doador.

« Por *morte*, diz Borges Carneiro § 154 n. 2, se entende aqui tambem a *morte civil*, como, se o doador fôr condemnado á pena ultima, professar em Religião, ou por outro modo se tornar intestavel (*Rep.* to. 2 pag. 167 vb. *doação*).

« Se o donatario morrer primeiro que o doador a doação se torna logo nulla (*opinião commum* no *Rep* cit pag. 167).

« Se morrem ambos em accidente commum, e se não póde decidir qual morreu primeiro, subsiste a doação, por se presumir que o doador perseverou na sua primeira vontade (*Rep.* cit. pag. 167, e o § 19 n. 17 do *Dir. Civ.*) »

Em nota diz o mesmo Jurista o seguinte:

« He porém questão se para se revalidar a doação *pela morte* cumpre que precedesse *entrega real*, ou pelo menos fingida, da cousa doada, sem bastar a simples promessa?

Commummente se responde affirmativamente : porém o contrario *parece* mais provavel, e o seguem Altimario, Sabellio, Faber, Urceolo, Huber no *Rep.* to. 2 cit. pag. 167, e to. 3 pag. 437 vb. *marido que.* »

(4) *Quando quizer.*

Tem portanto o conjuge doador a liberdade de em qualquer tempo de sua vida revogar a doação ao outro conjuge, inda mesmo depois da morte deste.

Mas o herdeiro do conjuge doador *sómente* póde revogar a doação, se *provar* que elle em sua vida se arrependêra de a ter feito. Vide Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 art. 149.

(5) *Filho algum.*

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 761 diz o seguinte :

« A doação fica nulla *ipso jure* pelo nascimento do filho, cit. Ord, ibi.—*logo* ; e por isso póde a doador intentar acção de nullidade.

1.º Ainda que o filho tenha morrido (Lobão — *Notas á Mello* liv. 2 t. 10 § 5).

2 º Bem como os seus herdeiros, se o doador não cuidou em sua vida de a revogar (Valasco — *Cons.* 31 n. 7 e Cod. Civ. Francez art. 964).

« Sendo revogada por esta causa, os bens doados revertem livres de todos os encargos, com os fructos

nascer de entre ambos, fica logo(1) essa doação revogada per o nascimento do filho(2).

E por tanto a cousa doada se partirá por fallecimento de cada hum delles entre os herdeiros do defuncto e o que vivo ficar.

E assi se fará, quando a doação fosse feita antes que fossem casados(1), e depois per casamento fossem seus bens entre elles communicados, segundo o costume do Reino; porque em estes casos e outros semelhantes será a cousa doada trazida á partição com os herdeiros do morto, assi como fôra, não sendo feita a tal doação (2).

M.—liv. 4 t. 9 pr.

1. E se o marido fez doação á sua mulher, ou ella á elle, sendo casados (3), e o que a fez, morrer *abintestado* sem herdeiros legitimos, descendentes, ou ascendentes, e sem até o tempo da morte revogar a doação, fica essa doação confirmada, em quanto não passar a quantia, em que he necessaria nossa confirmação (4), como dissemos no Tit. 62: *Das doações, que hão de ser insinuadas per Nós.*

E ficando por sua morte herdeiro legitimo, descendente, ou ascendente, poderá esse herdeiro revogar a doação (5), até haver cumpridamente sua necessaria legitima, e o mais, que sobejar da doação, havel-o-ha esse donatario. E se o que fez a doação, sendo casado, veio a fallecer com testamento, em o qual mandou distribuir sua terça em todo (6), ou em parte, sem revogar a doação, serão os seus herdeiros legitimos primeiro entregues de sua legitima, havendo respeito aos bens, que o defuncto

---

desde o nascimento do filho (Cod. Civ. Francez arts. 962 a 963.) »

E no scholio accrescenta :

« Como os filhos naturaes dos plebeus para os effeitos da successão são equiparados aos legitimos, parece consequente attribuir ao seu nascimento o effeito da revogação.

« Como tambem a lei positivamente decreta a revogação —*logo*: não apparece motivo para suspender este effeito pela morte do filho, ou por não ter o doador tentado em sua vida a acção competente.

» Entretanto o contrario he seguido pelo sabio author do *Dig. Port.* to. 3 arts. 144, 147 e 149 »

Vide Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 175 no § *nota tamen.*

Corrêa Telles nos arts. citados exprime-se por esta fórma :

» Os filhos naturaes nascidos depois da doação não a revogão, ainda que venhão a ser perfilhados. O que tambem sustenta Barbosa *com.* n. 14, e Lima no *com.* ns. 13 e 14, de conformidade com a presente Ord. nas palavras — *nascer de entre ambos.*

Vide tambem Guerreiro—*do Invent.* liv. 4 cap. 7 de n. 120 usque 123.

« Em contrario, se vem a ser legitimados por subsequente matrimonio. »

Lima no *com.* n. 14 declara que a legitimação *per rescriptum Principis* não revoga a doação.

Diz ainda Corrêa Telles :

« Se o filho que fazia revogar a doação, morreu antes que o doador pedisse a restituição dos bens doados, a doação recobra a primeira validade. »

Doutrina que não póde ter cabimento nas doações especiaes desta Ord.

(1) *Fica logo.*

A doação nestes casos fica *tacitamente* revogada, e se annulla *ipso facto* (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) a pag. 437).

E tambem :

1.º Se entre os conjuges sobreveio divorcio, ou odio grave.

2.º Se o doador alienou, dotou, ou legou á outrem a cousa doada (*Opinião commum* no *Rep.* to. 2 pag. 167 e 168).

E vista a nullidade da doação, em qualquer tempo póde ser reivindicada, e não existindo, a respectiva estimação (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 16 § 154 n. 8.)

(2) *Nascimento do filho.*

Os juristas Portuguezes fundando-se na L. 8 Cod. *de revocat. donat.*, estenderão esta doutrina, toda especial ás doações *entre* marido e mulher, ás outras doações.

T. de Freitas na *Consol.* art. 420 nota, não se conforma com essa interpretação, como se vê das seguintes palavras :

« Tambem he revogavel, dizem os Praxistas, pela *superveniencia de filhos* ao doador, authorisando-se com a Ord. liv. 4 t. 65 *princ.*, relativa ás doações entre marido e mulher,

« *Eu não vejo tal*, embora Mello Freire liv. 4 t. 3 § 3 diga com sua authoridade magistral, que a Ord. *deve assim ser entendida*,

» Seu commentador Liz Teixeira to. 1 pag. 513 com muita razão *não* conformou-se com tal intelligencia »

Ramos nos *Apont.* arts. 391, 392 e 393 partilha tambem a opinião da *Consol.*

Vide Valasco—*Cons.* 31, Guerreiro—*de Inventario* liv. 4 cap. 8 n. 120 e seguintes, Cardoso—*in Praxi* vb. *Donatio* n. 41, Corrêa Telles—*Doutr. das Acç.* § 143 notas (1), (2), e (3), e *Dig. Port.* to. 3 art. 141 e seguintes.

« Eis como se exprime Liz Teixeira no seu *Dir. Civ.* t. 10 § 5.

« O que he disposição *particular* nesta especie e circumstancias; pois que na generalidade dos casos a superveniencia dos filhos *não he causa*, que revogue a doação, e tanto, que ella se não acha mencionada na Ord. liv. 4 t. 63 entre as que produzem este effeito. »

Parece-nos que esta doutrina he mais juridica, que a dos outros Jurisconsultos.

Consulte-se Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 art. 141 e seguintes.

Corrêa Telles na *Interp.* § 26 diz o seguinte :

« Uma doação revoga-se pela superveniencia de filhos (Ord. liv. 4 t. 65 pr). Mas se os filhos nascidos depois da doação fallecerem antes, que o doador faça rescindir a dita doação, a *equidade diz*, que elle não seja admittido a revoga-la depois, por que cessando a causa deve cessar o effeito *Rep.* art. *Nascimento* to. 3 nota (*b*) pag. 660) »

Este caso não parece ser o da Ord citada, porquanto como a nullidade he immediata, não he possivel restabelecer o *statu quo* antigo destruido pela lei.

Já se vê que se trata de outras doações, em que se faça preciso intentar-se a acção de rescisão da doação por motivo differente.

(1) Vide nota (1) supra

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Phœbo—*Dec.* 105 n. 10, 11 e 86, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 167, nota (*a*) á pag 168, e nota (*a*) á pag. 172, e to. 3 nota (*a*) e (*b*) á pag 437, e nota (*b*) á pag. 660, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 10 § 3 e 5, liv. 4 t. 3 § 3, Almeida e Souza—*Execuç.* pag. 157, *Acç. Sum.* to. 2 pag. 104, *Dir Emphy.* to. 1 pag 242 e 244, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 206, 536 e 545, e Corrêa Telles—*Interp* § 62

Consulte-se tambem Ag. Barbosa—*Castigat.* ns. 220 e 221.

(3) *Sendo casados.*

Se o casamento he *putativo* não se confirma a doação pela morte do doador (Barbosa *com.* n. 4).

(4) *Nossa confirmação.*

Vide nota (1) á Ord. deste liv. t. 62 § 1 segunda col.

(5) Esta he a doação que por *inofficiosa* se revoga.

Vide Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 762 e 768, e Borges Carneiro—*Dir Civ.* liv. 1 t 16 § 154 § 29 e 30, e T. de Freitas—*Consol.* art. 1198 e nota.

(6) Vide Ord. deste liv. t. 17 § 1.

deu em sua vida, e aos que ficarão por sua morte; de modo que a doação seja contada com a herança, assi principal, como terça, e reputada assi como legado, porque na vida nunca valeu, e por morte foi confirmada (1).

M.—liv. 4 t. 9 § 1.

2. E não ficando tanta herança do defuncto, per que os herdeiros possam haver sua direita legitima(2)sem a doação, será desfalcado tanto da doação, e assi da terça, soldo á livra (3), até que a legitima seja primeiro supprida; e feito assi o desfalcamento (4), se alguma cousa ficar da terça e da doação, o que sobejar da doação, havel-o-ha o donatario, e o que sobejar da terça, será distribuido conforme ao testamento (5).

M.—liv. 4 t. 9 § 2.

3. E se no caso acima dito fosse a doação feita em tal modo, que logo em vida de ambos valesse per Direito (6), assi como quando o que faz a doação, não he por ella feito mais pobre, ou a quem he feita, não he por ella feito mais rico, ou em qualquer outro caso, em que tanto que a doação he feita per o marido á mulher, ou per ella a elle, logo he per Direito valiosa:

Em tal caso (1) não podendo os herdeiros haver sua legitima toda pela herança do defuncto sem a terça e doação, desfalcar-se-ha da terça sómente tanto, per que a legitima seja de todo supprida; e não bastando a terça para isso, então será desfalcada da doação(2),e não se fará desfalcamento da doação, até que toda a terça seja desfalcada; porque, pois a doação valeu em vida do que a fez, não se desfalcará della para supprimento da legitima, salvo quando per toda sua herança, que por sua morte ficou, assi principal como terça, de outra maneira se não póde haver supprimento da legitima (3).

M.—liv. 4 t. 9 § 3.

TITULO LXVI.

Da doação, ou venda, feita por homem casado a sua barregãa (4).

Se algum homem casado der á sua barregãa alguma cousa movel, ou de raiz, ou á qualquer outra mulher, com que tenha carnal affeição, sua mulher poderá re-

---

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (c) á pag. 166, e to. 3 nota (c) á pag. 437, e nota do Dez. Oliveira, sobre a nomeação feita do prazo do dote pela mulher ao marido, Almeida e Souza—*Acç Sum.* to. 2 pag. 108, *Notas á Mello* to. 2 pag 516, 523 e 545, e *Obrig.* pag. 236, e Corrêa Telles—*Doutr. das Acç.* § 142 nota 2.

(2) *Sua direita legitima.*

Está entendido que trata-se da quóta dos bens e não da herança (Guerreiro—*de Inventario* liv. 2 cap. 9 n. 70, e Lima *com* n. 11).

(3) *Soldo á livra*, i. e., proporcionalmente.

« He a expressão do nosso Legislador, diz T. de Freitas, empregada no mesmo sentido em outros lugares, e ainda hoje usada no Direito Francez. »

(4) *Desfalcamento* Consulte-se Reynoso — *Obs.* 36 n. 7, Phœbo—*Dec* 85, Themudo—p. 3 *Dec.* 298, e Macedo—*Dec.* 9, assim como Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to 2 nota (a) á pag. 92.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to 2 nota (a) á pag. 92, e nota (b) á pag. 166, e Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 2 á pag. 523.

(6) Vide nota (1) ao pr. desta Ord.

T. de Freitas na *Consol.* art. 143 nota, diz o seguinte:

« Approva-se aqui o Direito Romano, que exceptuava diversos casos em que a doação entre os Conjuges era logo valida em vida do doador. Esses casos vem compendiados em Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 16 § 154 ns. 21 e seguintes, e não tem *actualmente* o menor uso. »

Não obstante esta declaração aqui os reproduzimos para conhecimento do leitor, e por interesse historico.

E são as seguintes:

1. A doação *mortis causa*, a herança, o legado.

2. A que não faz o doador mais pobre, ou o donatario mais rico (*Rep.* to. 2 pag. 176).

Como he a remuneratoria: v. g. a que o marido faz á mulher como em recompensa da sua nobresa, etc., pois fica como em lugar de arrhas (*opinião commum* em Pegas—*Forens.* to. 3 cap. 36 n. 18, e Valasco—*Cons.* 178 n. 14): a de pouco valor, ou que consiste em modicos presentes, em *esportulas* para os parentes do conjuge donatario (*Hein.* § 221 e 222), ou em serviços feitos a El-Rey pertencentes ao doador (Oliveira no *Rep.* to 2 pag. 176): ou que se faz em certos dias solemnes, especialmente sendo modicas.

3. A que se faz por commiseração ou necessidade (*Hein.* § 217): como para reparar casas, para remir do captiveiro, da escravidão, do degredo (*Hein.* § 222).

4. A que se faz por causa do divorcio (*Idem*).

5. A que a mulher fiser para o marido conseguir alguma dignidade (*Idem*).

6. A que he confirmada com juramento; *Strykio* § 8: o que procede do Direito Canonico; e he inadmissivel em Portugal.

A maxima parte destes casos se acha apontada por Barbosa *com.*

(1) *Em tal caso.* A primeira edição, marcava um ponto em *valiosa*, e começava o versiculo desta forma: *E em tal caso.*

Borges Carneiro na nota ao n. 31 do § 154 do t. 16 do liv. 1, diz que convem ler o texto desta forma:

« Neste § 3 diz: *por Direito valiosa. E em tal*, etc. lêa-se *valiosa; em tal*, etc. »

Preferimos o texto da edição nona de Coimbra por nos parecer mais acertado.

(2) *Será desfalcada da doação.*

« A rasão da differença (do § 1 e 2), diz Borges Carneiro—*Dir Civ.* liv. 1 t 16 § 154 n. 31 e nota, he por que no primeiro caso, como a doação não vale em vida do doador mas só por sua morte, se repula como legado, o que succede pelo contrario na segunda hypothese (Ord. deste tit. § 1 *no fim*, e § 3 *no fim*) (isto he quando valem logo em vida do doador). »

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords* to. 2 nota (b) a pag. 176 e nota do Dez. Oliveira, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 10 § 4, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag 523, 541, 543 e 545, e *Obrig* pag. 236.

(4) Vide Ord. do liv. 5 tit. 29 § 1 e nota (3) a rubrica da Ord. deste liv. t. 62 e Barbosa no *com.*

Barregã, i. e., mulher amancebada.

« Antigamente na Hespanha, diz Moraes no *Diccionario*, era mulher legitima, que por desigual em nobresa não gosava dos direitos, e fóros do marido: n'outras partes da Europa era a *mulher da mão* (manca) *esquerda*, ou por que o marido lh'a dava ao casar, ou a trasia á sua esquerda, lugar menos honroso. »

vogar e haver para si a cousa, que assi foi dada; e mandamos, que seja recebida em Juizo a demandar a dita cousa sem authoridade e procuração do marido (1), quer a esse tempo seja em poder do marido (2), quer apartada delle; e essa cousa que ella assi demandar e vencer, queremos que seja sua propria *in solidum*, sem seu marido haver em ella parte, e que possa fazer della tudo o que lhe aprouvér, assi e tão perfeitamente como se não fosse casada.

E tudo isto, que temos dito na doação, feita pelo homem casado a sua barregãa, haverá lugar na cousa (3), que por elle á ella fôr vendida, ou apenhada, ou per outro qualquer modo traspassada, ou que a barregãa, fugindo-lhe, levasse furtada, ou roubada; e em estes casos a mulher a poderá demandar e haver, sem por ella pagar preço algum. Porque de presumir he, que a tal alheação foi feita conluiosamente, por o marido defraudar sua mulher (4).

Consulte-se a nota (3) á rubrica da Ord. deste liv. t. 47.

Viterbo no *Elucidario* exprime-se por esta forma:

« *Barregã*. Concubina, manceba, mulher que procura filhos, ou faz diligencia para isso fóra do santo matrimonio.

Os filhos assim gerados se chamavão filhos de *Guança, Gança*, ou *Ganhadia*, como espurios e illegitimos.

Alguns escrevem *Barregãa*, e *Barregão*: homem ou mulher amancebados.

« Porem antigamente se chamavão assim o homem ou a mulher que estavão no vigor de sua idade.

« Ao amancebamento e concubinato, chama a nossa Ordenação *Barreguice*, e determina no liv. 5 t. 28 § 5.

Tambem *Barregão* foi appellido em Portugal, de que hoje se não faz uso por haver prevalecido o abuso desta palavra. »

(1) *Sem authoridade e procuração de seu marido.*

Sendo a mulher casada considerada pessôa incapaz não pode estar em Juizo sem assistencia ou auctorisação, ou supprimento dessa authorisação pelo Juiz, he esta uma das excepções á mesma regra.

As outras excepções achão-se compendiadas por T. de Freitas na *Consol.* art. 147 nota (3).

Consulte-se tambem os arts. 426, 427, 428 e 429 da mesma obra.

(2) T. de Freitas na *Consol.* art. 1327 nota diz o seguinte:

« Considero esta acção como *real*, do mesmo modo que a de reivindicação dos immoveis alienados sem consentimento da mulher (Corrêa Telles—*Dout. das Acç.* § 96 e nota (3) ao § 249). »

O mesmo Corrêa Telles diz que esta acção lhe parece sêr real e competir contra terceiro possuidor.

(3) Ainda que o movel doado seja dinheiro, e a concubina o tenha já despendido, pois aliás se illudiria esta lei (Barbosa *com.*, n. 3): onde tambem se vê o contrario, diz Borges Carneiro—*Dir. Civ* liv. 1 t. 12 § 119 n. 9, referindo-se á Bento Gil (*Egidius*).

Entretanto Lima no *com.* n. 26 concorda com Barbosa.

(4) Não tem porem lugar esta disposição:

1º—Na alienação feita por acto de ultima vontade; pois a lei se entende da concubina que o he ao tempo da doação, e cumpre provar que neste tempo havia o concubinato (Pegas—*Forens.* t. 7 cap. 247 n. 2, e *Rep.* to. 1 pag. 269 vb. *Barregã*).

2º—No que o marido lhe dá á titulo de soldada ou paga do seu serviço.

3º—Se a concubina foi por elle deflorada; pois lhe deve a satisfação da virgindade (Pegas—*Forens.* to. 3 cap. 247 n. 7 e 10).

A qual demanda ella poderá fazer em todo o tempo, que stiver com o marido sob seu poder; e sendo apartada delle por morte, ou por qualquer outra maneira, a poderá fazer do dia, que o tal apartamento fôr feito, a quatro annos cumpridos; e morrendo a mulher em vida do marido, e ficando-lhe filhos, ou outros descendentes, ou ascendentes, elles poderão isso mesmo demandar a dita cousa até quatro annos, contados do dia que a mãi morreu (1).

M.—liv. 4 t. 8 e liv. 5 t. 28 § 1.

TITULO LXVII.

Dos contractos usurarios (2).

Nenhuma pessoa, de qualquer stado e

Consulte-se Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 119 de n. 9 a 16, e t. 15 § 140, e t. 17 § 160. E no n. 5 deste § diz o mesmo Jurista o seguinte:

« *Acquisições da concubina.* Na duvida o que a concubina adquire, se não presume adquirido dos bens ou doação do concubinario (como acontece com a mulher casada), mas antes por meio illicito, ou por outra via. »

(1) Borges Carneiro no § 160 n. 2 supracitado diz o seguinte:

« Quanto aos outros concubinarios, não ha lei Romana ou patria que lhes prohiba fazerem entre si doações, ou instituirem-se herdeiros ou legatarios (Pegas —*Forens.* to. 3 cap. 28 n. 926).

« Nem o concubinario póde portanto recobrar o que deu á sua concubina (*Rep.* to 2 pag. 169 vb. *doação*).

« Comtudo vulgarmente estende-se aos Militares, Advogados, Clerigos, Cavalleiros das Ordens e fidalgos a prohibição de doar ás suas concubinas, que a Ord. liv. 4 tit. 66 fez aos casados, porque no Direito Romano ha a mesma prohibição (*Rep.* tom. 2 pag. 169 vb *doação feita*, Pegas— *Forens.* to. 7 cap. 247, Mello Freire —*Inst.* liv 2 t. 10 § 6, Gama — *Dec.* 226, etc).

Em nota diz o mesmo Jurista o seguinte:

« Comtudo Strykio (liv. 24 t. 1 § 9 e 18) por argumento de huma lei Romana se inclina a pensar que hoje se deve reputar nulla esta doação (refere-se a dos outros concubinarios não casados), por ser o concubinato prohibido, no exemplo do matrimonio nullo no qual o Direito Romano reprova comtudo a doação entre os conjuges. Este argumento parece demasiadamente subtil. »

Vide sobre a doutrina desta Ord. Barbosa e Lima nos respectivos *com* Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 269, e nota (*b*) á pag. 364, to 2 nota (*b*) á pag. 169, to. 3 nota (*b*) á pag 439, e nota (*c*) á pag 622, Phebo—*Dec.* 107, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 7 § 1, 3 e nota, § 4, tit. 8 § 19, e tit. 10 § 6, Almeida e Souza — *Acc. Sum*, to 1 pag. 533 e 535, to. 2 pag. 38 e 50, *Dir. Emp.* to. 1 pag. 246, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 417, 432 e 436, e to. 3 pag. 233.

(2) *Contractos usurarios.*

Estes contractos, além de reprovados pela opinião, a moral e religião no nosso Paiz, erão outr'ora considerados criminosos pela Lei.

Mas as doutrinas de Jeremias Bentham (*Defesa da usura*) e de outros Economistas da mesma escola, propagadas entre nós, fizerão com que o usurario passasse de deliquente, a homem util, e até virtuoso.

Por esta causa no açodamento de reformas com que encetamos os trabalhos legislativos do nosso Parlamento inauguramos essa reforma, primeiro que nenhuma nação civilisada da Terra, promulgamos a Lei de 24 de Outubro de 1832, i. e., realisamos no nosso Paiz, a doutrina e opiniões defendidas por Bentham, e reprovadas pela Religião que seguimos, e que na Constituição Politica do Imperio, se diz ser a *Religião do Estado*.

Eis as disposições desta Lei que faz epocha no Brazil pelos desastres que têm causado á fortuna publica e privada:

condição que seja, dê ou receba dinheiro, prata, ouro, ou qualquer outra quantidade pesada, medida, ou contada á usura (1), por que possa haver, ou dar alguma vanta-

---

« art. 1. O juro ou premio de dinheiro, de qualquer especie, será aquelle que as partes *convencionarem*.

« art. 2. Para prova desta convenção he *necessaria* escriptura publica ou particular, não bastando *nunca* a simples prova testemunhal.

« art. 3. Quando alguem fôr *condemnado* em Juizo á pagar os juros que não fossem taxadas por convenção, contar-se-hão a *seis* por cento ao anno »

Parece que na epocha, esta Lei passou sem relutancia, mas os seus deploraveis effeitos forão logo sentidos, de sorte que em 1843 o deputado Rebouças, com uma coragem que se não póde assás elogiar, reclamou a sua revogação.

Dizemos coragem, por que a doutrina contraria conta innumeros partidistas nas classes letradas, e em nossas Faculdades de Direito, onde a innocencia e a virtude da usura são proclamadas como verdade inconcussa.

O mesmo Deputado Rebouças nas suas *Observações* ao art. 391 nota da *Consolidação*, faz ainda a seguinte reclamação contra a doutrina dessa Lei :

« Intoleravel he, porém, que os contractos desses juros quando *enorme* ou *enormissimamente* lesivos como quaesquer outros contractos feneraticios, não ficassem sujeitos á acção constante do § 6 e do final do tit. 13 da Ord. liv. 4 ; pois que nem a mesma Lei de 24 de Outubro de 1832, nem alguma outra exceptúa.

« Resultando de tão absurda pratica e intelligencia a ruina dos mutuarios de dinheiro á premio ou juro absolutamente superior á todo o lucro possivel do mesmo dinheiro ; com quanto *muito bem empregado* em qualquer industria rural ou fabril. »

Em verdade depois de uma tal Legislação parece inutil condemnar-se a lesão enorme e enormissima em outros contractos, quando neste são taes lesões santificadas.

E neste sentido poderiamos fazer outras ampliações, em que a imprevidencia do Legislador, ou sua injustiça não pódem ser defendidas.

Vide Ord. deste liv. t. 50, e nota (3) a respectiva rubrica.

Consulte-se Barbosa *com.*, Cardozo—*Praxis* vb. *usura*, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 n. 269, e to. 3 de ns. 1138 á 1161, Coelho da Rocha §§ 779 e 780, T. de Freitas—*Consol.* do art. 361 usque 365, e Ramos—*Apont.* n. 455 e seguintes.

(1) *Contada á usura.*

Pereira e Sousa na sua obra — *Classes dos crimes* secc. 2 gen. 2 class. 3 especie 1 n. 4 §§ 1, 2 e 3, exprime-se por esta fórma :

« *Usura* em geral significa todo o interesse que se tira do dinheiro que se empresta, seja legal ou illicito. Mas ordinariamente a *usura* se toma em máo sentido, e pelo ganho excessivo que se tira do dinheiro, além do preço taxado pelas leis do paiz.

« A usura, convenção que se faz entre a precisão e a avareza, he um crime, porque é a infracção da lei.

« Nos primeiros seculos de Roma, quando o luxo não havia ainda banido do seu seio a frugalidade, fazião-se os emprestimos de dinheiro com uma usura extremamente modica. Os seus habitantes não tinhão ainda algum uso da navegação, em que sómente se exercitárão no tempo da primeira guerra Punica, da qual provém os ganhos frequentes e rapidos, que trazem comsigo a importação e exportação das mercadorias.

« Em Athenas, cidade donde sahião e entravão muitos navios, e que tinha um extenso commercio maritimo, era *regulada* a usura, não pelas leis, mas pela vontade dos usurarios.

« O *centesimo* dinheiro, que entre os Romanos era a mais forte e mordente usura, foi a menor entre os Athenienses. »

E no § 3 continuando diz:

« Os Romanos dividião um capital em cem dinheiros; e toda a usura que era permittido estipular por esse capital era a centesima parte delle em cada mez, que dose vezes repetida produzia por anno *doze* dinheiros.

« Esta era a usura *legal* pela legislação das doze Taboas; mas com o augmento do commercio cresceu a opulencia do pequeno numero e a indigencia da maior parte, o que produzio as usuras excessivas.

« Para reprimi-las se promulgárão no anno de Roma 376 a lei *Licinia*, no de 396 a lei *Duilia Mænia*, e no de 411 a lei *Genucia*, que prohibio *inteiramente* a usura.

« Mas isto não podia ser de longa duração; crescendo cada dia a corrupção dos costumes e o luxo, a usura *excedeu* todos os limites, e os usurarios *exigião* vinte e quatro, trinta e seis, quarenta e oito, e ainda mais por cento. »

Troplong no seu *com.* sobre o emprestimo—*du Prêt*, no prefacio diz o seguinte:

« Não he sómente de seita em seita que as opiniões se dividirão sobre o premio deste contracto Entre os homens devotados ás mesmas especulações e aos mesmos estudos o tempo produzio apreciações contradictorias.

« Os principios de Economia de Aristoteles e de Catão (que considerava a usura um assassinato) sobre os productos usurarios differem dos de Turgot. Cicero e Seneca não julgou-os como Calvino, Dugald Stwart e os Philosophos Francezes do seculo 18 Os Theologos e Canonistas de hoje não lhe votão tanta animosidade como os Henrique de Gand e os Soto.

« Emfim ha uma singular affinidade, que sobre esta materia impressiona o espirito.

« Toda a antiguidade fazia o commercio do dinheiro, e da usura. Os Gauleses collocavão sob a protecção do Deos Mercurio a fructificação do dinheiro. *Mercurium ad quœstus pecuniæ mercaturasque vim maximam habere.*

« Os Gregos derão-se á esse commercio, quer no seu paiz, quer com os povos do Oriente. Roma encheu com elles a Italia e as Provincias.

« Os Judeos receberão do seu legislador a permissão de emprestar com premio as nações estrangeiras. Os Syrios, oriundos dos Phenicios e herdeiros de suas praticas commerciaes, erão celebres por sua inclinação por este genero de industria.

« E todavia, a despeito deste accordo de quasi todas as nações conhecidas, os Philosophos, os Economistas e os sabios da antiguidade, fallavão das usuras com desprezo.

« A antiguidade, diz Niebuhr, condemnava a usura com quasi tanta aversão como a Igreja primitiva ou o Islamismo.

« Moysés vedou-as entre os Judeos como um acto que offendia os sentimentos da humanidade, que entre si se devem os cidadãos Veremos mais tarde as apreciações severas de Aristoteles, Catão, Cicero, Seneca, Plutarcho e Plinio.

« Na idade media aconteceu o contrario : as usuras forão por toda a parte prohibidas, quer entre Christãos, quer entre os proprios sectarios de Mahomet. Então os Economistas, os Politicos e os Philosophos esforçarão se por provar que as usuras erão licitas, e que uteis aos povos, nada tinhão de opposto a moral e á probidade. Em todos os paizes tratou-se de emprestar com premio, illudindo-se a prohibição.

« Dest'arte quando a lei authorisa as usuras, como na antiguidade, a economia politica e a philosophia condemnão-as. Ao revéz quando a lei condemna-as, a economia politica e philosophia authorisão-as !

« Será uma contradicção extravagante ? Não, se queremos tomar as cousas pelo bom lado ; e tudo se póde explicar pela exageração em que a seu turno cahirão, a pratica das usuras, e a sua prohibição.»

No *com.* ao art. 1905 do Codigo Civil Francez explica-se o mesmo Jurisconsulto nestes termos :

« Entre os Romanos, a usura tinha o nome de *fœnus*. Assim como o preço accrescentado ao commodato o metamorphoseava em um contracto com outro nome, a *locação* ; da mesma sorte, o preço introduzido no *mutuum* lhe fazia habitualmente deixar seu nome para tomar o de *fœnus*.

« *Fœnus*, na exacta significação da palavra, he o capital engrossado com os seus interesses E em verdade toma-se algumas vezes esta expressão para significar os juros ou premios. Mas, como demonstrou-o Saumaise recorrendo á authoridades que me parecem concludentes, o sentido proprio dessa expressão he : *hum capital produzindo interesses.*

gem, assi per via de emprestimo (1), como de qualquer outro contracto, de qualquer

---

O verdadeiro nome do interesse ou juro entre os Romanos, era *usura*. Mas a *usura*, não he propriamente fallando, o *fænus*; he o preço do *fænus* He o que fazia dizer á Tertuliano que a usura he *fructus fænoris*; e eis porque os titulos do Digesto e do Codigo, intitulados *de nautico fænore*, não trazem o titulo *de nautica usura*, conforme ao titulo precedente, intitulado *de usuris*.

« He que no emprestimo á risco, em que os interesses se pagão gradualmente em prasos certos, e em que o capital forma com os juros uma massa que se reembolsa de um golpe, a expressão *fænus* era a propria.

Os Jurisconsultos tiverão em vista um capital engrossado com seus fructos.

« Os Grammaticos como Varrão, Festus, Nonius e Aulo Gellio, fiserão derivar *fænus* de *fætus*, *quasi fætura*. Saumaise pretende que esta etymologia he *falsa e inepta*. Não o acompanharei neste terreno, bastante perigoso para quem não possue sua erudição, nem sua confiança nas conjecturas grammaticaes.

« Eu digo que o *mutuum* perdia o seu nome quando era acompanhado da estipulação dos juros. Todavia nota se que os textos algumas vezes dão ao *fænus* o nome de *mutuum*. He o nome do simples, dado ao composto.

« Como ha pouco disia, o juro era vulgarmente denominado *usura* pelos Romanos. Saumaise investigou a origem desta expressão: concorda em que os antigos authores Latinos empregavão a palavra *usura* por *usus*; mas pretende que, no emprestimo á juros, a *usura* tinha differente valor.

« Empregado para expressar o dinheiro que paga o que toma o emprestimo, significa segundo Saumaise, o preço do uso e não o proprio uso. He por isso que *vectura* se toma pelo preço do transporte, *latura* por preço do fardo levado pelo homem de trabalho, *mercatura* por preço da mercadoria.

« Entre nós, a expressão *usura* he sempre empregada á má parte, e qualifica um delicto. He pela expressão, *interesse*, premio ou juro, que reprodusimos a idéa que os Romanos ligavão á *usura*

« O interesse se apresenta naturalmente ao espirito como um fructo do dinheiro.

Assim o definirão: *accessionem crescentis in dies singulos pecuniæ*. Isidoro disse: *incrementum fænoris*. Em verdade o interesse em cada dia augmentar o capital como um fructo que se addita annualmente á cousa fugifera. Scævola e Africano o chamão a *renda do dinheiro*. Ulpiano accrescenta: *usuræ vicem fructuum obtinent et merito non debent à fructibus separari*. Segundo o Codigo Civil, o interesse he um fructo civil.

« Todavia debaixo de outra relação, o interesse he um preço: he o preço do que he entregue ao que toma emprestado: Eis por que Horacio diz:

Hic quinas capiti mercedes exsecat.

e por que tambem muitos escriptores Latinos comparão o *fænus* á locação.

« Não he a locação propriamente dita: differe desse contracto por caractéres essenciaes, por isso que he um *mutuum*.

« Mas procura vantagens analogas: utilisa as cousas fungiveis, como a locação as outras. Esta confusão deriva da paridade que ha entre o interesse (*usura*) e o preço do alugnel (*merces*).

« O interesse he o preço da sorte principal transferida por determinado tempo ao tomador do emprestimo. *Usuræ propter usum medii temporis perceptæ*, disse Papiniano. Sabe-se que o que paga tarde julga-se pagar menos: *minus solvit qui tardius solvit* Esta tardança concedida ao devedor que vai gosar da cousa emprestada, ao passo que o dono do dinheiro fica privado, constitue para o primeiro uma vantagem, e para o segundo uma perda, de que o interesse, a *usura* he o preço. »

(1) *Per via de emprestimo.*

A *usura* por excellencia se assim podemos qualificar o abuso do premio do dinheiro, verifica-se no contracto do *mutuo*, e era assim qualificada no Velho Testamento, legislação toda humanitaria e benefica que olhava com menos rigor para o trabalhador (o tomador do emprestimo), do que as modernas que empenhão todo o seu valimento em pró do capitalista (*emprestor*, expressão antiga da Ord. Affensiva, e que muito convém juvenescer).

Nos livros santos se conhece toda a elasticidade do mutuo com juros, e dahi todas as prescripções para conter a avidez e dureza dos corações que se dedicão a profissão da usura:

No *Exodo* cap 22 v. 25.

« Se emprestares algum dinheiro aos do meu Povo, que são pobres entre vós, não o apertes como um exactor inexoravel, nem o opprimas com *usuras*. »

No *Deuteronomio* cap. 23 ns. 19 e 20.

« Não emprestarás *com usura* á teu irmão nem dinheiro, nem grão, nem outra qualquer cousa que seja;

« *Mas somente ao estrangeiro*. A teu irmão porém emprestarás o que elle houver mistér, sem dahi tirares algum interesse; para que o Senhor teu Deos te abençôe em tudo o que fizeres na terra, em cuja posse has de entrar. »

No *Levitico* cap. 25 v. 35, 36 e 37.

« Se teu irmão se achar muito pobre, e não poder já trabalhar de mãos; e se tu o receberes como um estrangeiro, que veio de fóra, e elle viver comtigo.

« *Não recebas usura delle*, nem o executes por mais do que tu lhe déste Teme a teu Deos, para que teu irmão possa viver em tua casa.

« *Não lhe darás* o teu dinheiro *á usura*, nem exigirás delle mais grão, do que o que tu lhe houveres dado. »

Nos *Proverbios* cap. 28 v. 8.

« Aquelles que amontoão riquezas *por meio* de usuras e interesses injustos, ajunta-as para o que hade ser liberal com os pobres. »

Ezechiel cap. 18 v. 8 e 9.

« Se não *emprestar á juro*, e não receber mais do que emprestou: se apartar a sua mão da iniquidade, e fizer um verdadeiro juizo entre homem e homem. »

. . . .

« Este tal he justo, certissimamente viverá, diz o Senhor Deos. »

Nos Psalmos, referindo-se aos costumes do homem justo, do cidadão do Céo, diz o Psalmista no *Psalmo* 14 v. 5.

« *Não dá* o seu dinheiro á usura; nem recebe dadivas para opprimir o innocente. O que faz estas cousas não será jámais abala'o. »

No *Psalmo* 54. v. 11.

« Nas praças publicas não ha senão *usura*, e engano. »

No *Psalmo* 71 v. 13 e 14.

« Elle terá compaixão do pobre e necessitado; e salvará ás almas dos pobres. »

« Elle *resgatará* as suas almas *das usuras*, e da iniquidade; e o nome dos pobres terá houra diante delle. »

Taes são as doutrinas do Velho Testamento acerca da usura, que Bentham, á quem seguimos na lei de 1832, sustenta que he uma *virtude*

Mas o legislador inspirado, Moysés, conhecia tanto a importancia da usura, e querendo cada vez mais separar o Israelita dos povos estrangeiros idolatras, lhes impôz o seguinte preceito no *Deuteronomio* cap. 15 v. 6.

« Tu emprestarás á muitos povos, e tu de *ninguem* receberás emprestimos. Tu dominarás sobre muitas Nações, e a ti nenhum te dominará! »

Este preceito he ainda recommendado no cap. 28 v. 12 no fim.

« Tu emprestarás á muitas gentes, e tu de nenhuns receberás emprestado »

E no versiculo 15 diz:

« Porém se não quizeres ouvir a vóz do Senhor teu Deos, e não guardares e praticares todas as suas ordenações, etc.: seguem-se differentes castigos, e entre outros os dos vers. 43 e 44.

« O estrangeiro, que vive comtigo, se elevará acima de ti, e far-se-ha mais poderoso; e tu descerás e ficarás abaixo delle

« Elle te *emprestará á usura*, e tu não lhe emprestarás. Elle estará na cabéceira, e tu nos pés. »

Destes preceitos tem usado tão bem os Israelitas, que póde-se dizer, são hoje os verdadeiros dominadores da Terra.

No *Novo Testamento* he tambem a usura apreciada do seguinte modo:

qualidade, natureza e condição que seja, e de qualquer nome que possa ser chamado (1).

E o que o contrario fizer, e houver de receber ganho algum do dito contracto, perca todo o principal, que deu por haver o dito ganho e acrescença, se a já tiver recebida ao tempo, que por nossa parte fôr demandado (2), e tudo em dobro para a Corôa de nossos Reinos, e mais será degradado dous annos para Africa, e isto pela primeira vez que fôr comprehendido, e lhe fôr provado (3); e pela segunda vez lhe sejão dobradas todas as ditas penas, assi civeis, como crimes: e pola terceira vez lhe sejam isso mesmo (4) tresdobradas as ditas penas (5).

E o que houver de dar o dito ganho, perca outro tanto, como foi o principal, que recebeu, e mais não. E se o devedor tiver já paga alguma crescença (6), ser-lhe-ha descontada do que havia de pagar, convem a saber, do outro tanto, como o principal, e tudo para a Corôa de nossos Reinos, a qual pena haverá, cada vez que nisso fôr comprehendido (7), e lhe fôr provado (8).

M.—liv. 4 t. 14 pr.

1. Postoque as usuras sejam geralmente reprovadas e defesas, em alguns casos porém, assi per Direito Canonico (9), como Civil he a usura permittida e licita (10): assi como se fosse por alguem promettido a hum homem algum dote, casando com alguma mulher, e lhe não fosse logo pago aquillo, que lhe assi fosse promettido, sendo-lhe apenhada alguma cousa por isso, com tal convença, que o que casasse, podesse haver todos os fructos e novos da cousa apenhada, até lhe ser cumpridamente pago todo o principal. Em este caso poderá elle

---

Temos em primeiro lugar S. Lucas no seu *Evangelho* cap. 6 vers. 34 e 35:

« E se vós emprestardes áquelles de quem esperais receber: que merecimento he o que vós tereis? porque tambem os peccadores emprestão uns aos outros, para que se lhes faça outro tanto.

« Amai pois a vossos inimigos: fasei bem, *e emprestai, sem dahi esperardes premio:* e tereis muito avultada recompensa, e sereis filhos do Altissimo, que faz bem aos mesmos que lhe são ingratos e máos. »

Este ultimo versiculo que, traduzido por S. Jeronymo na *Vulgata*, tornou-se mui conhecido pelo texto:

« *Benefacite et mutuum date, nihil inde sperantes.* »

Texto em que se apoião os rigoristas em Theologia e Direito Canonico, mantendo a doutrina, de que sempre que se empresta com premio, *ha usura*, isto he, o abuso desse commercio.

Entretanto existem outros textos, tanto no *Evangelho* de S. Lucas cap. 19 *vers* 23, como no de S. Matheus cap. 25 *vers*. 27, onde o *officio* de Banqueiro, e a dação de dinheiro a premio parece autorisada pelo Salvador.

Trata-se de um amo que deixou a varios servos certa quantidade de *talentos* para negociar. O ultimo destes servos não só não negociou com o unico talento que lhe foi deixado, como deixou-o sem render em algum Banco.

Eis como se exprime o primeiro Evangelista no cap. 25 *vers*. 27:

« *Devias* logo *dar* o meu dinheiro aos Banqueiros (*numullariis*), e vindo eu teria *recebido* certamente com juro (*com usura*) o que era meu. »

E S. Lucas no *Evang* cap. 19 *vers*. 23:

« Logo por que não mettleste tu o meu dinheiro a Banco (*mensam*), para que quando viesse, o recebesse eu então com os seus lucros? »

Nas cidades Gregas ou Romanas havia de ordinario um *banco* ou uma *mesa*, onde mediante um privilegio da autoridade publica emprestava-se dinheiro com agio (Saumaise—*De trapezitico fœnore*).

Havia Bancos em Alexandria, em Damasco, nas duas Antiochias, em Tyro, Epheso, Atheuas, Corintho, etc.

Vide Mastrofini — *Discussion sur l'usure* de n. 71 a 101.

A doutrina media entre a inteira exclusão do agio e a liberdade nestes contractos, seguio a Igreja, mesmo em consideração á especialidade deste contracto.

Sobre esta materia o mais moderno documento he a Encyclica—*Vix pervenit*, do Papa Bento XIV, cujas disposições mais importantes apontaremos adiante.

Para se poder apreciar, sem paixão, este problema, que ainda divide o mundo litterario, juridico e financeiro consulte-se Troplong—*Du Prêt*, Gousset—*Cod. Civil commentado em suas relações com a Theologia Moral*, com. ao art. 1905, Mastrofini— *Discussão sobre a usura*, Marin Darbel—*A Usura: sua definição*, Tripard—*Moysés ou as leis fundamentaes da Sociedade. A historia, as sciencias e a philosophia*, segundo o Pentateuco, Coquille—*Os Legistas: sua influencia politica e religiosa* art. *usura* pag. 434: e a obra — *Politica Christã* no art. *Emprestimos á juros*, e Mr. Ch. Perin—*A usura e a Lei de* 1807.

Este interessante trabalho, digno de ser lido e consultado por todos os Brazileiros, veio dar grande realce ao nome já famoso do celebre Professor de Louvain.

Na grande questão da liberdade do agio, sustentada por Miguel Chevalier em França com todo o prestigio do escriptor, do Economista e do valido na Monarchia Napoleonica, entendeu o Governo Francez dever tambem consultar o grande, mas modesto Economista Belga.

O seu trabalho importantissimo teve força para embaraçar a revogação de uma Lei que todos os Economistas da Escola Ingleza de Adam Smith e de J. Bentham reputão um absurdo: para estes sómente a *verdade verdadeira* he a liberdade do agio.

Consulte-se em pro da doutrina adversa: J. Bentham— *Defesa da Usura*, Garnier Pagès — *Diccionario Politico* arts. *Interêt*, Turgot — *Memorias* sobre os emprestimos de dinheiro, nas *obras* de J. Bentham t. 3 pag. 283, Coquelin et Guillaumin—*Dicc. de Economia Politica*, e nos artigos—*Bancos e Interesse*.

Duas obras existem em Portuguez sob os titulos—*Instituições de Economia Politica*, de § 1037 em diante, e *Lições de Economia Politica*, por José Ferreira Borges 1834, e Bernardino J. da S. Carneiro liç. 33 (*Coimbra* 1850) em que as idéas de Bentham são defendidas.

(1) O crime de usura era *mixti fori*, e por isso cahia tambem sob a jurisdicção secular (Barbosa com. n. 1).

(2) Desde que o contracto do juro passou de usurario a *licito* pela Lei de 24 de Outubro de 1832, cahio por terra esta penalidade.

(3) *E lhe fôr provado.*

Estas provas não erão rigorosas; fundavão-se em presumpções por causa do proceder occulto e fraudulento dos usurarios (Barbosa no com. n. 2).

(4) Vide nota (3) á Ord. do liv. 1 t. 10 § 1.

(5) Vide nota (2) supra.

(6) Vide nota (2) supra.

(7) Vide nota (2) supra.

(8) Consulte-se Barbosa, e Lima nos respectivos com., Pereira de Castro—*Dec.* 56 e 84, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (b) á pag. 638, e Almeida e Souza —*Fascic.* to. 1 pag. 268, *Acç. Sum.* to. 2 pag. 249, e *Dir. Emph.* to. 3 pag. 449.

(9) *Direito Canonico.*

Vide mais adiante nota ao § 9.

(10) *Como Civil, he a usura permittida e licita.*

Depois que os Imperadores Romanos se convertêrão ao Christianismo, o emprestimo com o agio foi regulado em differentes epochas pelo Governo.

Constantino Magno limitou-o á 12 por cento, taxa que conservou Theodosio o Grande, não obstante a grande guerra que os Bispos e Theologos fazião á esse contracto.

haver os fructos e novos da cousa apenhada em salvo, até que seja pago do principal, que lhe foi promettido em casamento, sem descontar do principal cousa alguma (1).

E isto haverá lugar, em quanto durar o casamento, e o marido mantiver a mulher segundo o estado e usança de terra; porque apartado o Matrimonio por morte de cada hum delles, ou por qualquer outra maneira, dahi em diante não poderá mais haver em salvo a renda da cousa apenhada, sem descontar do principal. E em outra maneira, todo o ganho, que se dahi levasse sem desconto, seria usura (2).

M.—liv. 4 t. 14 § 1.

2. E se fosse vendida alguma raiz (3) por certo preço, e no contracto da venda fosse feita avença, que tornando o vendedor o preço ao comprador até certo tempo, ou quando quizesse, fosse a venda desfeita, e tornada a cousa ao vendedor, poderá o comprador licitamente haver os fructos e rendas da raiz assim vendida, depois que houver a posse della per virtude da dita venda, em quanto não fôr a venda desfeita.

E isto haverá lugar, quando a raiz fôr vendida por preço razoado, pouco mais ou menos do justo preço. Porque, se o preço fosse muito pequeno, a pouquidade delle (4) com a dita avença farião o contracto ser usurario, como mais declaradamente dissemos no Titulo 4: *Da venda de bens de raiz, feita com condição, que tornando-se*, etc. (5).

M.—liv. 4 t. 14 § 2.

3. E se algum comprasse alguma raiz por preço certo, o qual logo pagasse, e não fosse entregue da raiz comprada, esperando de a receber logo, poderá em todo o tempo demandar ao vendedor todos os fructos e novos e rendas (1), que elle houve, ou que por sua culpa o comprador deixou de receber da raiz, que assim vendeu, de que recebeu o preço, e lha não entregou.

E bem assim dizemos no comprador, que recebeu a cousa comprada, e não pagou o preço, porque a comprou; porque em todo o tempo lhe poderá o vendedor demandar o preço principal, e mais a justa valia dos fructos que recebeu, ou poderá receber da dita raiz, depois que lha comprou, e foi della entregue, e não pagou o preço ao vendedor (2).

M.—liv. 4 t. 14 § 3.

4. E se o que trouxer alguma possessão por certo foro, ou prazo de algum senhorio, a apenhasse ao dito senhorio por divida alguma, sob tal condição, que o senhorio houvesse em salvo os fructos e rendas della, até ser pago da divida, em este caso poderá o senhorio haver as ditas rendas e novos em salvo, até ser pago da divida, sem descontar della cousa alguma; porque em quanto assim houver os fructos e rendas do dito fôro, ou prazo não haverá a pensão (3), que lhe he devida em cada hum anno, por virtude do contracto do aforamento, ou emprazamento.

E sendo feito semelhante apenhamento entre outras pessoas, que não sejão o foreiro e o senhorio, tal contracto de apenhamento feito com clausula, que o credor haja em salvo as rendas e fructos da cousa apenhada, até ser pago de sua divida, será usurario, e haverão os contrahentes as penas de usurarios conteúdas neste titulo (4).

M.—liv. 4 t. 14 § 4.

5. Declarámos ser licito ganho de dinheiro, ou quantidade em todo o caso de cambio (5)

Justiniano fixou uma taxa mais moderada: 4 por cento quando o emprestimo era feito por pessôas illustres, 8 entre commerciantes, 6 por outras pessôas, e 12 nos emprestimos a risco.

Sómente Basilio o Macedonio prohibio esse contracto com o rigor dos Padres da Igreja, mas suas determinações não se poderão manter no reinado de seu filho Leão o Philosopho.

A questão do agio he mais antiga do que se imagina; e tem sido um problema que nem todas as sociedades hão podido resolver.

(1) Dava-se neste caso o contracto chamado *antichresé*.

(2) Vide Barbosa e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 159, e Almeida e Souza—*Fascic.* to. 1 pag. 236, *Notas á Mello* to. 1 pag. 313, to. 2 pag. 517, e *Aval.* pag. 211.

(3) *Alguma raiz*, i. e., algum bem de raiz.

Moraes no *Dicc.* diz: *Raiz*, bens de raiz, oppostos a moveis: são herdades, casas (*Ord. Aff.* liv. 2 fol. 325).

Viterbo no *Elucidario* diz *Raiz*, o mesmo que bens de raiz (Doc. das Bentas do Porto de 1330).

Raizes, o mesmo que *Raiz* ex: « Leixo todos os meus beens, movis, e *raizes*. »

(4) *Pouquidade delle*, expressão hoje sem uso.

Cousa pouca, pequena porção.

(5) Vide Barbosa e Lima nos respectivos *com.*, e Almeida e Souza—*Fascic.* to. 1 pag. 205.

(1) *Os fructos e novos, e rendas.*

O Ass. de 15 de Junho de 1826 declarou, que sendo feita em hasta publica a venda de um predio emphyteutico, penhorado com seus rendimentos, depositado logo o seu preço, competente siza, *deve-se* reputar por feita a compra, e o arrematante senhor do predio, fasendo os fructos seus, ainda mesmo sem a entrega e posse do dito predio.

(2) Vide Barbosa e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag 549, Almeida e Souza—*Fascic.* to. 1 pag 17, e *Aval.* pag. 204.

(3) *Pensão.* Neste caso havia uma compensação que excluia a fruição de qualquer usura, o que se não dá na hypothese seguinte.

(4) Vide Barbosa e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 160, e to. 4 nota (*a*) á pag. 878, e Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 1 pag. 321.

(5) *Em todo o caso de cambio.*

Além das excepções notadas neste § e nos precedentes, outras forão occorrendo creadas por Leis extravagantes, e cujos premios o Legislador regulava.

Assim forão taxados os juros ou censos á retro, tanto perpetuos como por vidas, o que consta das Leis e Alvarás de 13 de Dezembro de 1614, de 12 de Outubro de 1643, e de 23 de Maio de 1698. Eis em

de hum Reino, ou lugar para outro (1), e bem assi ser licito e verdadeiro o cambio, quando logo se dá maior quantidade em hum lugar, por lhe darem e pagarem em outro lugar mais pequena. E isto he assi permittido per Direito pelas despezas, que os Mercadores estantes (2), que recebem a maior quantia, fazem em manterem seus cambios nas Cidades e Villas, onde estão (3).

M.—liv. 4 t. 14 § 5.

---

que termos neste ultimo documento o Legislador se expressava:

« E conformando-me com o que na dita Consulta pareceu aos do meu Conselho—hei por bem, que, o sem embargo do Alvará de 1643, nenhum juro ou censo a *retro*, sem limitação de tempo, se possa vender nem fundar, daqui em diante, a menos de vinte o milhar (*cinco por cento*); e a dez o milhar, sendo em huma vida sómente; e a doze, sendo por duas vidas, que he o mesmo que no dito primeiro Alvará de 1614 estava ordenado: e os contractos de censos, ou juros, que por menos preço forem constituidos, sejão por esse mesmo feito nenhuns; e tudo o que demais se tiver levado, se restitua, ou impute na sorte principal.

« E todo o Tabellião, que fizer escriptura de contracto em menos preço, incorra em pena de perdimento do seu Officio.

« E por quanto nestes Reinos, não sómente se vendem censos e juros de dinheiro, mas tambem de pão e azeite, ou outros semelhantes fructos, declaro que nelles tambem se entende esta lei, regulando-se conforme á justa commum estimação, que taes fructos costumão ter, reduzindo-se a sua avaliação á mesma taxa de vinte o milhar (*cinco por cento*) nos perpetuos *á retro*, dez o milhar em uma vida, e doze em duas.

« E quanto aos já constituidos, assim de dinheiro, como de fructos, *antes desta Lei*, declaro que não he minha tenção approva-los, nem reprova-los; porque ainda que se não devão julgar precisamente por ella, pois a do anno de 1614 não estava em seu vigor, comtudo, se no preço dellas houvesse lesão ou injustiça, ou *usura*, conforme ao commum valor, que nas terras corria, poderão as partes tratar della, e se lhes deferirá por meus Julgadores, como fôr justiça, conforme á Direito. »

Este Alvará de 1698 foi posteriormente interpretado por outro de 16 de Janeiro de 1773 § 7.

O censo *á retro* de que tratão os mesmos Alvarás he, em geral, o censo denominado *consignativo*, que era o contracto pelo qual uma pessoa dava a outra certa quantia de dinheiro, e esta se obrigava por si ou pela renda de determinada propriedade á pagar-lhe annualmente certo numero d: medidas de pão, vinho e outros fructos. Chamava-se *á retro* por que se podia remir.

O censo consignativo divergia do *reservativo*, por que neste havia a cessão de alguma propriedade para se receber o numero das ditas medidas.

O que devia o dinheiro ou a propriedade chamava-se *Censuista*, e *Censoario* o que se obrigava ao pagamento das medidas. Entre nós taes contractos não tem uso.

Vide Corrêa Telles—*Ensaio sobre a natureza do censo consignativo*, e o *Dig. Port.* to. 3 de n. 1150 a 1161, Almeida e Sousa — *Trat. prat. dos Censos*, e T. de Freitas — *Consol.* art. 365 nota (1).

Posteriormente á 1698, no Alvará de 17 de Janeiro de 1757, assim como no de 6 de Agosto do mesmo anno, regulou-se o juro dos emprestimos de dinheiro, assim como o do contracto de risco, fixando-os em cinco por cento; regulando-se provavelmente o Legislador Portuguez pela Encyclica do Papa Bento XIV que começa —*Vix pervenit.*

O Alvará de 17 de Janeiro de 1757 o que tinha de inconveniente, era collocar no mesmo parallelo o simples emprestimo de dinheiro, e o contracto a risco, em que só deixou liberdade ao commercio com a India Oriental; mas essa disposição foi abrogada com a publicação do Alvará de 5 de Maio de 1810 que collocou no mesmo pé o contracto a risco tanto para a Asia, como para qualquer outra parte do Globo.

A taxa de cinco por cento marcada no Alvara de 17 de Janeiro de 1757, o qual se lerá nos *additamentos* á este livro, era a mais justa e equitativa, tanto em relação ao capitalista, como ao tomador do dinheiro.

Sabe-se que o ideal dos que preconisão a liberdade na estipulação dos premios he, que essa liberdade attrahirá a concurrencia, e o dinheiro se tornará barato.

Vã illusão, em parte alguma realizavel, senão nos Paizes de extrema riqueza e civilisação. Excluamos os mercados inglez e francez, e talvez em nenhum outro Paiz o dinheiro seja barato.

Nos Paizes novos he isto impossivel, pelo prompto emprego que todo o capital que apparece, tem. Entretanto se se attender que nenhuma industria em termos regulares não póde dar mais de dez por cento, o que espera o tomador que aceita emprestimos com premio superior áquella taxa?

Se tem algum capital, todo he devorado para pagar ao emprestor, e em breve a ruina he completa. Se não tem, o proprio capital emprestado servirá para alimentar o tomador, e pagar o excessivo juro.

Eis as causas de tantas liquidações e fallencias, de que o nosso Paiz está cheio. A morte ou sacrificio do tomador arrasta tambem, não raras vezes, o emprestor, cuja avidez concorre para matar a gallinha de ovos de ouro.

Entretanto o Legislador que no contracto de compra e venda admitte as causas de lesão, he impassivel perante as atrocidades da usura.

Não punir a usura porque sempre haverão usurarios, seria o mesmo que rasgar o Codigo Penal porque os assassinos e ladrões se não podem exterminar.

Castigar a usura traz o beneficio de limitar a profissão aos caracteres refractarios a toda a idéa de pudor e humanidade; mas os homens honestos, não tendo o incentivo da lei para absolvê-los de todo o escrupulo, recuarião perante um acto que não só condemna a moral, como a lei.

Ora este freio tirou a Lei de 1832, e os juros os mais exorbitantes são exigidos porque o Legislador não os condemna.

Ouçamos a este respeito o que diz Troplong no seu Tratado *du Prêt* no com. ao art. 1908 do Codigo Civil Francez n. 354. Eis suas palavras que deverião ser meditadas pelo Legislador Brazileiro:

« Em 1836 todavia, em razão desta *legomania* tão espirituosamente assignalada por Mr. de Cormenin, propôz-se a revogação da lei de 1807, deixando-se as convenções senhoras de fixarem o preço dos emprestimos de dinheiro. Era voltar ao systema de Turgot, e outros Economistas, que, pondo de lado a moralidade dos actos, considerão com mais particularidade o movimento dos capitaes, e a liberdade do commercio.

« Mas a tentativa naufragou. Cumpre agradecer a Mr. Dupin ainé o havê-la combattido, como o fez nesta occasião, em pró das idéas sãs de justiça, de moral e de bom senso.

« Na verdade esse adversario batido pelos seus argumentos, julgou poder tomar sua desforra, dizendo que os principios de Economia Politica não são os mais conhecidos no *forum* (*Palais*).

« A Economia politica he sem duvida uma grande cousa, e o *forum* a respeita quando mantem-se no terreno da verdade. Mas quando ella prosegue em perigosas tentativas, quando, para pedir a liberdade de levantar a taxa do juro acima de 5 e 6 por cento, escolhe um periodo de prosperidade publica em que o juro, ha mais de 20 annos, cahio muito abaixo dessa taxa, he para temer que essa sciencia cuide antes de favorecer a usura do que o credito, e os Jurisconsultos perspicases nenhum escrupulo tem de separar-se della. »

(1) *Ou lugar para outro.*

O Al. de 25 de Agosto de 1672 fixou a epocha em que se devião pagar as letras que viessem das Ilhas para Portugal.

Os Alvarás de 21 de Agosto de 1688, e de 28 de Novembro de 1746 declarou a forma da cobrança das Letras, passadas no tempo do levantamento da moeda.

O Al. de 15 de Junho de 1714 trata da mesma materia, com ampliação á todas as Letras que viessem do Brazil, e das mais conquistas do Reino.

(2) *Mercadores estantes*, i. e., residentes, que tem domicilio fixo no lugar.

(3) Vide Barbosa e Lima nos respectivos *com.*

6. E dando-se primeiro alguma quantidade menor, por receber ao depois maior, ainda que o que dá a menor quantidade, receba em si todo o perigo, que por qualquer maneira possa acontecer de hum Reino, ou lugar para outro, não deixará por isso esse contracto ser usurario. E por tanto defendemos, que se não fação taes contractos, e quem os fizer, incorrerá nas penas de usurario (1).

M.—liv. 4 t. 14 § 6.

7. Mandamos que as pessoas, que derem dinheiro á cambio, ou o pagarem, não fação differença de o dar, ou pagar em dinheiro de contado, a o dar e pagar por letras, ou livrança (2), levando mais interesse de dinheiro de contado, do que a tal tempo se cambiava (3), e corria na Praça communmente por livrança; e o que o contrario fizer, e der dinheiro de contado a maior preço, do que correr e valer na Praça em livrança, perca o dinheiro; e a pessoa, que o tomar, ou receber, será obrigado de o fazer saber ás Justiças do lugar, aonde o tal caso acontecer, dentro de dez dias, e não o fazendo, incorrerá em pena de perder outro tanto dinheiro como o que assi tomou e recebeu. E o Corretor, que o tal cambio fizer, pagará por cada vez cem cruzados, das quaes penas serão ametade para quem os accusar, e a outra para os Captivos (4).

S.—p. 4 t. 10 l. 1.

8. Por quanto somos informado, que se fazem muitos contractos illicitos entre Mercadores e outras pessoas, os quaes por encobrirem as usuras, vendem mercadorias e cousas fiadas á pessoas necessitadas, que não são Mercadores, nem tratantes, para nellas haverem de tratar e ganhar, e que os compradores lhas tornão logo dar e vender por muito menos, do que as comprão, por lhes darem o dito dinheiro para supprimento de suas necessidades, ou as vendem á outros por muito menos preço, do que as comprão, por lhes darem logo o dinheiro, de maneira que não sómente recebem dano no preço, em que as comprão fiadas, mas ainda na venda dellas (1): E além disso ficão suas pessoas obrigadas a pagar o primeiro preço, por que lhe forão vendidas, e por não poderem pagar nos tempos limitados em seu contractos, fazem outras novas obrigações, confessando a divida com interesses, e fazendo dos ditos interesses divida principal (2), de modo que de anno em anno e de feira em feira se vão embaraçando nas ditas dividas e interesses dellas: mandamos que nenhum Mercador, nem pessoa outra venda mercadorias e cousas fiadas, por si, ou por outrem, á pessoas, que notoriamente fôr sabido, que nellas não hão de tratar, nem faça, nem use dos ditos contractos.

E o que o contrario fizer, perca por isso a acção, que por virtude do contracto podia ter para demandar o preço das ditas mercadorias ao comprador, ou á seu fiador. E o comprador e seu fiador não ficarão obri-

---

(1) Esta disposição se acha implicitamente revogada pela Lei de 1832.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*

(2) *Livrança.*

Ferreira Borges no seu *Diccionario Juridico Commercial* art. *Livrança* diz o seguinte:

« Moraes define *livrança* o desembargo ou papel em virtude do qual se faz pagamento nas Thesourarias Publicas.

« *Livrança* he propriamente entre nós o que os Inglezes chamão *nota promissoria*, os Francezes *bilhete á ordem*, os Italianos *pagherô*, os Hespanhóes *libranza, vale*, ou *pagaré á la orden*: e vem a ser um escripto particular pelo qual um devedor que se chama *passador* se obriga pela sua assignatura á pagar uma somma de dinheiro, que reconhece haver recebido, ou ter-se-lhe fiado, n'uma época declarada ou á sua ordem (*Sciebé.*)

« A nossa Ord. do liv. 4 t. 67 § 7 falla das *livranças de cambio*, que são exactamente os bilhetes que definimos. »

(3) *Do que á tal tempo se cambiava.*

O Al. de 9 de Novembro de 1752 § 1 declarou, que alterado o valor do dinheiro, ou do ouro depois do contracto, faz-se o pagamento, attendendo ao valor, que tinha o dinheiro ao tempo do mesmo contracto.

(4) Pelas razões addusidas na nota ao § 6 desta tit. tambem se acha sem vigor esta disposição.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Als. de 17 de Janeiro de 1757, e de 5 de Maio de 1810.

(1) Segundo Barbosa no *com.*, este contracto era conhecido pelos Italianos pela designação de *Trochi Varochi*, entre os Hespanhóes pelo nome de *Mohatras*, tendo em Portuguez o nome de *Trapaças*.

A Lei de 24 de Outubro de 1832 dando ampla latitude ao contracto dos juros acabou com esse fraudulento recurso, sem melhorar a sorte das victimas da usura.

Ferreira Borges no seu *Dicc.* art. *Mohatra* diz o seguinte:

« *Mohatra.* He este o nome que alguns Casuistas derão ao contracto usurario, que se pratica quando alguem vende por muito alto preço á credito, e compra a mesma cousa ao comprador á vil preço (*Crivelli, Jorio.*)

« Não nos lembra de haver encontrado na Jurisprudencia Romana menção deste contracto: he todavia certo que a malicia do homem, e as infinitas convenções commerciaes o inventarão, e nós vimos em nossos dias um grande exemplo desta especie, e uma *Carta Regia* expedida para salvar um usurario, que no rigor da nossa Legislação teria pelo menos visitado as praias malignas da adusta Africa. »

(2) He este o contracto chamado *Anatocismo*, pelo qual os juros vencidos accrescerão ao capital, ficando tambem á vencer juros.

A Lei de 24 de Outubro de 1832 authorisa estas accumulações, que aliás não permitte o Codigo Commercial no art. 253, que assim dispõe:

« He prohibido contar juros de juros: esta prohibição não comprehende a accumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de anno á anno.

« Depois que em Juizo se intenta acção contra o devedor, não póde ter lugar a accumulação de capital e juros. »

T. de Freitas na *Consol.* art. 361 nota (1) sustenta á nosso ver sem fundamento que o Cod. Com. no artigo supra citado, não reprova o *anatocismo*.

Corrêa Telles no seu *Dig. Port.* to. 3 art. 1144, propõe de conformidade com a Lei 10 Cod. *de usuris*, e Cod. Civil Francez art. 2277, que se não possão accumular juros de mais de cinco annos.

gados a pagar cousa alguma por razão dos taes contractos.

E além disso o que der, ou vender as taes mercadorias per cada huma das ditas maneiras, será degradado per dous annos para Africa, e pagará cincoenta crusados, ametade para os Captivos, e a outra para quem o accusar. E isto não haverá lugar naquellas mercadorias, que cada hum houver mistér para sua casa; o que se verá pela qualidade das pessoas e quantidade das mercadorias, e pelo tempo em que lhas venderem.

E para prova dos taes contractos e traspassas (1), bastará venderem-se as ditas mercadorias e cousas ás pessoas que notoriamente nellas não costumam tratar, não sendo as que houverem mistér para a sua despeza. E sendo caso, que por defraudar esta Lei, ou a prova, que por ella havemos por bastante, se façam assinados, ou scripturas das dividas, confessando as pessoas, que as fizerem, que receberão as quantias dellas em dinheiro, sem tratarem das ditas mercadorias, se o Tabellião não affirmar, que vio contar e receber o dinheiro á feitura da scriptura perante as testemunhas della, não poderão os ditos Mercadores pelos taes assinados e scripturas receber, nem haver o dito dinheiro, sem provarem per testemunhas dignas de fè, como realmente viram receber as ditas pessoas o dinheiro conteúdo nos ditos assinados e scripturas (2).

S.—p. 4 t. 10 l. 2.

9. E havendo alguns casos além dos acima ditos, em que possa haver dúvida, se são usurários, ou se se pode per Direito levar úsura, mandamos que se guarde sobre isso o que fôr achado per Direito Canonico (3). Porque, pois he cousa, que traz peccado e carrego de consciencia, convèm á cerca disso seguirmos e guardarmos o Direito Canonico, e determinações da Santa Madre Igreja (1).

M.—liv. 4 t. 14 § 7.

(1) *Traspassas*, i. e., trapaças.

Moraes no *Dicc.* define este contracto por esta fórma: « Contracto feito entre o usurario, e o que lhe toma dinheiro emprestado, dando-lhe o usurario mercadorias por alto preço, para depois o que as recebe lh'as revender ao mesmo usurario por preço mui diminuto, e fallido; e assim fraudar a lei contra a usura. »

Tambem significa dolo, cautella, alicantina, cavillação nas demandas, jogo, negocios: fraude, embuste.

Vide a nota (1) á este §, onde se vê que este contracto he o mesmo que o *Mohatra*, ou *Mofátra* como quer Moraes que se pronuncie.

(2) Vide Barbosa e Lima nos respectivos *com.*, e Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 639.

(3) *Direito Canonico.*

O Al. de 31 de Janeiro de 1775 § 4 declarou que o dinheiro á juro he contracto prohibido pelo Velho e Novo Testamento, e só tolerado em beneficio do Commercio.

Barbosa no *com.* diz que em materia de *usuras*, mais se devêra attender aos Doutores de Direito Pontificio, do que aos Mestres em Theologia. Provavelmente pelo rigorismo com que interpretavão as Sagradas Escripturas.

(1) *Direito Canonico e determinações da Santa Madre Igreja.*

Vide Ord. do liv. 3 t. 49 § 6.

Todas estas prescripções cahirão por terra com a Lei de 24 de Outubro de 1832, que julgou superfluas essas determinações.

Entretanto para conhecimento dos leitores catholicos, e que nesta materia desejem saber o que pensa a Santa Madre Igreja, aqui expendemos o que diz o Cardeal Gousset no seu *com.* ao art. 1905 do Codigo Civil Francez, conforme promettemos na nota (9) ao § 1 deste titulo:

« Art. 1905. He permittido estipular interesses no simples emprestimo, seja de dinheiro, mercadorias, ou outras cousas moveis. »

Eis o *com.* de Gousset:

« Entende-se por interesse ou premio tudo que o emprestor recebe além da somma ou da cousa emprestada, que se chama communmente *capital*, *sorte principal*, ou simplesmente *principal*.

« Pothier distingue, segundo os Theologos, duas especies de interesse; o interesse compensatorio e o interesse lucrativo.

« O interesse *compensatorio* he o que se percebe como garantia da perda causada pelo emprestimo, em indemnisação dos beneficios que o emprestor tiraria do seu dinheiro ou de qualquer outra cousa emprestada, se para si reservasse o uso. Este interesse não he um proveito para o emprestor; não he senão uma indemnisação que póde em consciencia perceber.

« O interesse *lucrativo* he o que se exige como uma recompensa, como o preço do emprestimo; he o interesse lucrativo, o lucro do emprestimo, que propriamente se chama *usura*.

« Assim define-se communmente a *usura*, todo o interesse, todo o proveito além da *sorte principal* exigido do tomador, precisamente em virtude de emprestimo do consumo; ou como s'exprime o mesmo Jurisconsulto, *lucrum supra sortem exactum, tantum propter officium mutuationis; lucrum ex mutuo exactum.*

« O interesse he pois reputado lucrativo e usurario, todas as vezes que não póde ser considerado como uma justa compensação da perda ou da privação do proveito que se soffre, privando-se do seu dinheiro em beneficio de outrem. Porquanto póde-se sem duvida exigir-se interesses, ou antes uma indemnisação, quando ha para o emprestor *lucro cessante*, ou *damno emergente*, em razão do emprestimo, ou qualquer outro titulo extensivo do emprestimo, i. e., que não entra na natureza do emprestimo, mas que he verdadeiramente separavel do emprestimo: tal he o perigo *extraordinario* de perda da sorte principal, ou *capital*.

« Mas quando o emprestor não póde invocar nenhum destes titulos, e que a percepção dos interesses teria lugar precisamente *vi mutui*, julgamos que elle não póde em consciencia, não obstante a lei civil, perceber interesses, por modicos que sejão.

« Foi sempre e he ainda, diz Bento XIV, a doutrina da Igreja Catholica, estabelecida por accordo unanime de todos os Concilios, dos Padres, e dos Theologos, que todo o proveito extrahido do emprestimo, *precisamente em razão do emprestimo*, i. e., segundo a linguagem da Escola, sem que o emprestor tenha o titulo de *lucro cessante*, ou *damno emergente*, ou qualquer outro titulo extrinseco ao emprestimo, he usurario e prohibido pelo Direito natural, divino, e ecclesiastico (*de Synodo Diocesano* liv. 7 cap. 47). »

Continuando diz ainda Gousset:

« Este grande Papa ensinou a mesma doutrina em uma Carta Encyclica, dirigida aos Patriarchas, Arcebispos, Bispos e Ordinarios da Italia. Essa Carta, que começa por estas palavras *Vix pervenit*, contém as seguintes disposições:

« 1.º A especie de peccado que se chama *usura*, e que tem o seu assento proprio no contracto de emprestimo (*mutuo*), consiste em que aquelle que empresta, quer que em virtude do proprio emprestimo, que por sua natureza pede que se restitua sómente tanto quanto se recebeu, se lhe dê mais do que se não emprestou; e

10. E para que os que fizerem contractos usurarios, possam ser punidos, e mais facilmente se possam provar, queremos que se algum dos sobreditos, que tal contracto fez, o descobrir, a Nós, ou á nossas Justiças, antes que cada hum delles por isso seja accusado, ou antes de per Nós ser feita mercê a alguma pessoa, de lhe perdoarmos todas as penas desta Ordenação, e que não incorra, em pena alguma: com tanto que no tempo, que per Nós (1) ou per nossas Justiças lhe fôr assinado, prove ser o contracto usurario. E postoque o não prove, a confissão que de si mesmo fez, dizendo, que commettêra com a outra parte contraria o dito contracto, não lhe prejudicará. Porém a parte contraria lhe poderá demandar sua injuria (2).

M.—liv. 4 t. 14 § 8.

TITULO LXVIII

Que se não façam contractos de pão, vinho, azeite e outros mantimentos senão a dinheiro.

Defendemos que nenhuma pessoa, de qualquer qualidade que seja, não dê trigo, cevada, azeite, vinho, nem outro qualquer mantimento, por outra cousa, que aquella pessoa, com quem contratar, não tiver de sua colheita, pelos muitos inconvenientes, que disso se seguem, salvo se ao tempo que contractarem, lhe entregar a outra cousa que pelo dito mantimento dá; porque não lha entregando logo ou não a tendo de sua novidade, havemos o tal contracto por nenhum.

E aquelle, que receber o dito mantimento, para por elle dar outra cousa, que não fôr dinheiro, ficará com o dito mantimento, e mais ficará desobrigado de pagar, nem entregar

---

pretende-se por isto, que além do seu capital se lhe dê um lucro em razão do emprestimo.

« He por isto que todo o lucro desta natureza he illicito e usurario: *Omne propterea hujus modi lucrum quod sortem superat, illicitum et usurarium est.*

« 2.º Para desculpar esta mancha da usura, em vão se allegaria que este lucro não he excessivo, mas moderado; que não he grande, mas pequeno; que aquelle de quem se exige em razão do emprestimo não he pobre, mas rico; que empregará mui utilmente, quer em melhorar sua fortuna, quer na acquisição de novas propriedades, quer em um commercio lucrativo; porquanto consistindo a essencia do emprestimo na igualdade entre o que he fornecido e restituido, esta igualdade uma vez restabelecida pela restituição do capital, o que pretende exigir, de quem quer que seja, alguma cousa mais em razão do emprestimo, vai contra a natureza deste contracto, que se acha já plenamente satisfeito pelo reembolso de uma somma equivalente; por conseguinte, se o emprestor recebe alguma cousa além do capital, está obrigado a restituir, por uma obrigação desta justiça que se chama *commutativa*, a qual ordena de guardar inviolavelmente nos contractos a igualdade propria a cada um, reparando-a exactamente, se fôr violada.

« 3.º Mas, estabelecendo estes principios, não se pretende negar que certos titulos, que não são intrinsecos ao emprestimo, nem inteiramente ligados á sua natureza, não possão algumas vezes concorrer fortuitamente com elle, e dar um direito justo e legitimo de exigir alguma cousa acima do principal. Tambem não se nega que haja muitos outros contractos, de *natureza inteiramente differente do emprestimo*, pelos quaes póde-se collocar ou empregar o seu dinheiro, seja para obter rendas annuaes, seja para fazer um commercio e trafico licitos, tirando disto lucro honesto.

« 4.º Ora, como nesta multidão de diversos generos de contractos, se a igualdade não fôr observada, tudo o que um dos contractantes receber de mais, produz, não a usura (*não havendo emprestimo real ou palliado*), mas outra especie de injustiça que, não he menos real, e que comsigo traz a obrigação de restituir. Pelo contrario, se tudo ahi se acha regulado conforme a justiça rigorosa, não he duvidoso que estes differentes generos de contractos não fornecão muitos meios licitos de entreter e alargar o commercio pelo bem publico.

Mas não permitta Deos que Christãos pensem que sejão as usuras, ou semelhantes injustiças, que possão concorrer para fazer florecer os commercios uteis, por isso que os oraculos sagrados nos dizem que *he a justiça que eleva as nações e que o peccado torna os povos miseraveis* (Proverbios cap. 14 v. 34).

« 5.º Mas he mister observar com cuidado que seria falsa e temerariamente que alguem se persuadisse, que se acha sempre, ou com o emprestimo, outros titulos legitimos, ou mesmo separadamente do emprestimo, outros contractos justos, por meio de cujos titulos ou contractos, todas as vezes que se empresta a outrem, o que quer que seja, dinheiro, trigo, ou qualquer outra cousa do mesmo genero, sempre se permitta receber algum lucro moderado, além da sorte principal assegurada ou inteira.

« Se alguem assim pensar, sua opinião seria por certo contraria, não só ás divinas Escripturas, e ao juizo da Igreja Catholica *sobre a usura*, como ao senso commum e á razão natural.

« Ninguem póde ignorar que se he obrigado, em muitos casos, á soccorrer ao seu proximo pelo emprestimo puro e simples, segundo estas palavras de Jesus-Christo: *Não repillais quem vem pedir-vos emprestado* (Matheus, cap. 5 v. 42); e que haja muitas circumstancias em que se não possa fazer outro contracto justo e licito senão o emprestimo.

« Assim quem quizer velar na segurança de sua consciencia, deve primeiro que tudo examinar com cuidado se ha verdadeiramente, com o emprestimo, um titulo legitimo ou um contracto differente do emprestimo, que possa justificar ou isentar de qualquer mancha de usura o lucro que se trata de procurar. »

Terminando o seu *com.* diz ainda Gousset:

« Os Moralistas tem explicado as condições que se exigem para os differentes titulos em virtude dos quaes he permittido perceber algum lucro do emprestimo.

« Temendo affastar-me de mais do meu fim, contento-me em observar, que os Theologos não concordando em todos os pontos que se ligão á *questão da usura*, deve-se temer de cahir em um *rigorismo* que não seria menos funesto á Moral Evangelica que o *relachamento* dos que pretendem que póde-se sempre ter um titulo legitimo em pró do interesse, premio, ou lucro de emprestimo ou mutuo. »

Perin no seu opusculo — *a Usura e a Lei de* 1807 aponta quatro titulos por onde no mutuo he licito o lucro: 1º. *lucrum cessans* (a perda de um emolumento que provavelmente se colheria se se não emprestasse o dinheiro): 2º. *Damnum emergens* (a saber, o damno de que o emprestimo seria a fonte directa): 3º. *periculum sortis* (isto he, o perigo de perder o capital em razão da insolvabilidade do tomador): 4º. *titulum legis* (em virtude do qual se considera legitimo o lucro desde que he autorisado pela lei civil).

Mas este ultimo titulo basêa-se n'um facto que póde ser contrario á moral, desde que o Legislador, ou por erro ou por iniquidade, promulgar uma lei contraria á severa moral e aos legitimos interesses da sociedade.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*

(1) Estas denuncias na conformidade do Alv. de 17 de Janeiro de 1757 podião ser dadas perante o Dezembargador Juiz Conservador geral da Junta do Commercio.

Hoje estão sem vigor.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*

cousa alguma do que se obrigou, nem sua valia; e jámais em tempo algum o que lhe assi deu o mantimento pelo dito partido, o não poderá demandar por elle, nem por sua valia. O que mandamos que se cumpra, postoque as partes renunciem esta Lei (1).

M.—liv. 2 t. 50.

TITULO LXIX

Que se não façam arrendamentos de gados ou colmêas.

Por quanto somos informado, que se fazem muitos contractos, per que se dão bois e outro gado per certos annos de renda, por certa pensão em cada hum anno, ora os bois, ou gado vivam, ou morram no dito tempo, e algumas vezes se poem nos contratos, que acabado o tempo do arrendamento, lhe tornem os bois, ou gado, ou sua valia, se forem mortos; e outras vezes, que acabado o tempo do arrendamento, lhe não sejam mais obrigados tornar os ditos bois, nem gado; e assi se fazem outros contractos, per que dão certas cabeças de gado, como vaccas, cabras, porcos, ou colmêas, por certo tempo, e que acabado o tempo, lhe dêem tantas cabeças mais das que lhe deram, ora a criação, ou gado, ou colmêas, que lhe dão, vivão, ora morrão, ou cresção ou se diminuam (2).

E porque os taes contractos são illicitos per Direito (3), defendemos que se não façam, e fazendo-se, os havemos por nenhuns e de nenhum effeito e vigor. E quem os ditos bois, gado, ou colmêas, por cada hum dos ditos partidos der, perca o gado e colmêas, que assi der, se ainda forem vivos ao tempo, que por isso fôr demandado, ametade para quem o accusar, e a outra para nossa Camera (1).

M.—liv. 4 t. 42.

TITULO LXX

Das penas convencionaes, e judiciaes, e interesses, em que casos se podem levar.

As penas convencionaes, que por convença das partes forem postas e declaradas nos contractos, não podem ser móres, nem crescer mais que o principal (2). E isto não sómente haverá lugar, quando o devedor fôr obrigado dar, ou entregar bens de raiz, ou moveis, ou semoventes, assi como scravo, cavallo, ou outra cousa semelhante, mas tambem quando fôr obrigado a alguma obra, ou feito, que promettesse fazer a tempo certo; porque em tal caso não a fazendo ao tempo, á que se obrigou, deve ser estimada a obra, que houvera de ser feita, e quanto fôr a estimação, tanto poderá crescer a pena, e mais não (3).

E em isto não fazemos differença entre a pena, que he posta e promettida por mul-

---

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 639, e Mello Freire—*Inst* liv. 1 t. 7 § 2.

(2) A Lei de 24 de Outubro de 1832 parece que implicitamente tambem inutilisou esta Ord., e que havendo liberdade de contracto para estes pactos, elles podem levar-se a effeito no Brazil.

Em França (Codigo Civil do art. 1800 a 1831) e em outros Paizes taes contractos são admittidos. Em França são chamados *arrendamentos á Cheptel*.

Corrêa Telles na *Interp*, tratando da Legislação Franceza sobre o *Cheptel*, exprime-se por esta fórma no § 92:

« Sobre a sociedade de animaes dados á perda e ao ganho não será facil achar legislação mais conforme á boa razão que a do Codigo Civil dos Francezes desde o art. 1804. »

Parece que, segundo Barbosa *com.*, os grandes abusos que se praticavão com estes arrendamentos na Provincia do Entre-Douro e Minho derão motivo á promulgação desta Ordenação.

Coelho da Rocha no seu *Dir. Civ.* § 849 scholio diz o seguinte:

« A este contracto chamão os Franceses *bail a Cheptel*. Entre nós vulgarmente diz-se: *dar-se animaes ao ganho*. Delle trata a Ord. do liv. 4 t. 69, e foi tocado apenas por Guerreiro—*Tract.* 2 liv. 7 cap. 9 n. 23 e *Tract.* 3 liv. 7 cap. 13 n. 3, e Lobão — *Tratado dos Damnos* § 65. »

(3) T. de Freitas na *Consol.* nota ao art. 650 exprime-se por esta forma ácerca deste contracto:

« A Ord. do liv. 4 tit. 69 figura trez especies de condições: 1ª, a da restituição dos animaes findo o arrendamento, ou do seu valor, se forem mortos: 2ª, a de isenção de restituição: 3ª. a da entrega de mais cabeças do que as recebidas, embora cresção ou diminuão. O objecto deste contracto são todos os animaes cuja criação e producção utilisão á agricultura e ao commercio; como, diz a Ord., vaccas, porcos, cabras, colmeias. »

Depois de dizer, que este contracto he o arrendamento *á Cheptel* do Direito Francez, e que em Portugal pelo testemunho de Coelho da Rocha se chama contracto *de animaes a ganho*, accrescenta que de taes contractos se não faz uso no Brazil, onde são rarissimos.

Continuando diz:

« A nossa lei, sempre propensa para a doutrina dos Casuistas, profliga taes contractos como —*illicitos por Direito*, como usuras do rico contra o pobre, etc.

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* t. 1 nota (*a*) a pag. 226, nota (*c*) a pag. 310, e nota (*a*) a pag. 640, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 7 § 13, Almeida e Sousa—*Dir. Emph.* t. 3 pag. 448, e *Damnos* § 65, e *Nova Gazeta dos Tribunaes* n. 221 pag. 2.

(2) *Crescer mais que o principal.*

A obrigação de não exceder o principal tambem se acha autorisada pelo art. 431 do D. n. 737—de 25 de Novembro de 1850.

Vide nota (1) ao § 5 da Ord. deste liv. t. 67, em relação ás disposições que tratão dos censos á retro ou *consignativos*, e os Als. de 13 de Dezembro de 1614, de 14 de Outubro de 1641, de 12 de Outubro de 1643, de 23 de Maio de 1698, e de 16 de Fevereiro de 1699.

Alguns Juristas suppoem que depois da L. de 24 de Outubro de 1832, esta Ord. se acha implicitamente revogada; opinião que não parece fundada em vista do que diz T. de Freitas na *Consol.* nota ao art. 391, e que se verá na nota ao § 1 deste tit.

(3) Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) á pag. 17 traz a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa:

« Contra Leotard. q. 90 e Gama—*Dec.* 110 n. 33, julgamos, que os juros estipulados de muitos annos, se devem, ainda que excedão o principal, ex Surd.—*Cons.* 302, etc. Vide Gama—*Dec.* 218. »

tiplicação de dias, ou mezes, e a que he posta juntamente, porque em todo caso se poderá levar até outro tanto, como o principal, e mais não. E isto, que dito he das penas convencionaes (1), haverá lugar nas judiciaes, postas per alguns Juizes á algumas partes, ou fiadores em algum caso (2).

M.—liv. 4 t. 44 pr.

1. Sendo a pena convencional posta e promettida em contracto de emprestimo, ou outro, em que o devedor se obrigue dar e pagar certa quantidade de dinheiro, ouro, prata, trigo, cevada, azeite, mel, ou outras cousas semelhantes, que se costumam dar e pagar por conto (3), peso e medida, postoque o devedor não pague o principal ao tempo, a que se obrigou, não se poderá por isso a pena levar, nem demandar, porque se presume as taes penas serem em estes casos promettidas em fraude das usuras (4); e por tanto com sã consciencia se não podem levar, nem demandar, e isto quer a pena seja juntamente posta, quer por multiplicação de dias; e sómente poderão as pessoas, a que em estes casos forem penas promettidas, demandar e haver a perda, que receberam, ou interesse (5), que perderam, por lhes as pagas das ditas quantidades e dividas principaes não serem feitas aos tempos limitados (6). E por esta determinação não he nossa tenção revogar cousa, alguma do que temos dito no Titulo 67: *Dos contractos usurarios* (1).

M.—liv. 4 t. 44 pr.

2. E quanto aos contractos de arrendamentos, ou alugueres, que se fizerem per pessoas, que não costumam tratar com seu dinheiro, nem dar dinheiro a ganho, e que arrendarem suas rendas, ou propriedades a quaesquer pessoas, e poserem penas, não lhes pagando a certo tempo, as poderão levar (2), com tanto que se não levem mais que o principal, ora sejam postas juntamente, ora por multiplicação de dias (3).

M.—liv. 4 t. 44 § 1.

3. Outrosi, se em algum contracto torpe fôr posta pena, ou em outro, que segundo razão natural não se pode cumprir, não se pode levar, nem demandar tal pena (4).

Nem quando o contracto fôr per Direito reprovado, de maneira que per juramento não possa ser confirmado; assi como, se algum homem promettesse á outro sob certa pena de o fazer herdeiro em parte, ou em todo, ou lhe fizesse doação entre vivos sob certa pena de todos seus bens moveis e de raiz, direitos e aucões, havidos e por haver, não reservando delles para si cousa alguma (5):

---

(1) *Convencionaes.*

O Juiz com o parecer dos louvados, diz Corrêa Telles, póde modificar a pena convencional, se o devedor tiver cumprido em parte a obrigação (*Dig. Port.* to. 1 art. 342, Pothier — *Obrigações* n. 346, e o Codigo Civil Francez art. 1331, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (c) á pag. 17).

Moraes—*de Execut.* liv. 2 cap. 14 n. 7 pensa diversamente.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 640, to. 4 notas (*b*), (*c*) e (*d*) á pag. 17, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 3 §§ 7, 8 e 9, e t. 8 § 20, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 424, *Dir. Emph.* to. 3 pag. 276, *Notas á Mello* to. 1 pag. 76, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 739.

(3) *Conto*, i. e., numero, conta, estimação, utilidade, etc.

(4) *Em fraude das usuras.*

Segundo Corrêa Telles *Dig. Port.* to. 1 n. 345 nota (*d*), este § se achava derogado pelo pelos Als. de 17 de Janeiro e de 6 de Agosto de 1757, que permittião o juro de 5 por cento.

Esta derogação se tornou mais completa com a L. de 24 de Outubro de 1832 que deu ampla liberdade as convenções de emprestimos com juros.

(5) Quando um capital vence juros, os pagamentos que se fazem são em relação aos juros, e do restante, se existe, se applica ao principal. Esta doutrina he de Pothier—*Obrig.* n. 533, e se acha canonisada nos Avs. ns. 99 e 114—de 22 e 27 de Fevereiro de 1861, do Ministerio da Fazenda.

Sobre juros compostos convém consultar a *Gazeta dos Tribunaes* n. 108.

No Civel a mora dos pagamentos conta-se do dia da citação judicial. No commercial ha mora desde o dia do vencimento da divida, e d'então por diante vence juros.

No Civel os juros se contão até o dia do embolso, ao revéz no Com. quanto ao fallido, pois expirão no dia da fallencia (Al. de 17 de Maio de 1759).

(6) T. de Freitas na nota (4) ao art. 391 da *Consol.* diz o seguinte:

« A L. de 24 de Outubro de 1832 facilitando a liberdade das convenções quanto aos juros, prejudica por certo ao disposto na Ord. do liv. 4 t. 70 § 1 que allude aos interesses do contracto de emprestimo, e os identifica com a pena convencional; mas não implica com a materia do art. supra (391), isto he que as penas convencionaes são permittidas não excedendo o *valor da obrigação principal.*

« He necessario distinguir os juros e *a pena convencional.* Os juros não são pena, porém uma renda natural do capital, uma compensação do risco e prejuizos do credor (Vide arts 128 e 218 do Cod. Com.).

« Não se pode exigir ao mesmo tempo a pena convencional e o cumprimento do contracto: só tem lugar demandar-se uma cousa ou outra. »

Vide Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 § 343.

(1) Vide Barbosa e Lima nos respectivos *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) á pag. 16.

(2) Salvo se a lei não autorisa, como a pena de prisão, para o devedor de boa fé (L. de 20 de Junho de 1774 § 19).

Mas a pena convencional póde ser demandada executivamente, como se a escriptura fôra sentença, e como tal julgada, dando-se o devedor como para esse fim citado, renunciando o respectivo fôro, e obrigando-se tambem perante certo e declarado Juiz (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 art. 352 usque 356).

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*e*) á pag. 17, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 3 §§ 7, 8 e 9. t. 8 § 20, Almeida e Sousa—*Dir. Emphy.* to 1 pag. 451, to. 3 pag. 276, e *Aval.* pag. 213.

(4) Sendo a obrigação nulla, a pena tambem he; mas a nullidade da pena não importa a da obrigação (Vide Ord. deste liv. t. 48 § 1, Cod. Civil Francez art. 1227, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 art. 344, e T. de Freitas—*Consol.* art. 392 nota (1); por quanto o principal não depende do accessorio, como he a pena convencional.

(5) Por Direito he reprovada a doação de todos os bens sem reserva de cousa alguma para o doador (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (c) pag. 170). Esta doutrina he confirmada por esta Ord.

Ou fosse feito contracto sobre a herança de pessoa viva, per que aquelle, que não devia ser seu herdeiro, o seja sob certa pena, porque taes contractos são assi illicitos e per Direito reprovados (1), que não podem per juramento ser confirmados: E por conseguinte as penas em elles postas se não podem pedir, nem demandar (2).

M.—lv. 4 t. 44 § 2.

4. E sendo os contractos taes, que posto que sejam contra Direito, podem ser confirmados per juramento (3), poder-se-ha levar a pena entre os contrahentes posta, se o contracto não fôr cumprido por aquelle, que prometteu de o cumprir (4); assi como, se fosse feito contracto entre dous, ou mais, que speravam ser herdeiros por morte de algum, que ainda seja vivo, que por sua morte algum delles não herdasse em sua herança, ou se algum delles fizer convença com aquelle, de cuja herança se trata, per que não possa herdar nella, ou em outro semelhante caso; porque ainda que tal contracto em alguns casos per Direito não valha, pode-se confirmar segundo Direito Canonico por juramento (1), por não ser tão reprovado, como os outros, de que se acima faz menção. E por tanto bem se pode pedir

---

(1) Vide sobre os *Pactos successorios* as notas ao § 4 deste titulo.

T. de Freitas na *Consol.* art. 352 nota (2) diz o seguinte:

« As heranças de pessoas vivas não podem ser igualmente objecto de contracto (Ord. do liv. 4 t. 70 § 3).

« Esta Ord. não impede todavia que a hypotheca de bens futuros comprehenda aquelles que o devedor hypothecario teria adquirido por herança de pessoas que estavão vivas ao tempo da hypotheca. Dahi segue-se que he valida a hypotheca geral que o devedor faça de bens da futura herança de seus ascendentes.

« He hoje inutil a questão sobre este ponto, porque a lei hypothecaria de 24 de Setembro de 1864 prohibe convencionar hypothecas geraes. »

(2) Vide Barbosa e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (c) á pag. 16, Mello Freire—*Inst.* liv. t. 3 § 10, t. 8 § 12, liv. 2 t. 9 § 25, liv. 3 t. 5 § 36 nota, e liv. 4 t. 1 § 8, Phœbo—*Dec.* 102 n. 8, Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 1 pag. 82, e to. 2 pag. 511 e 514, *Seg. Lin.* to. 1 pag. 581, to. 3 pag. 525, e Pereira de Castro—*Dec.* 67.

(3) *Per juramento.*

Este juramento era o *promissorio*, reprovado pelas Ords. do liv. 1 t. 78 § 13 e liv. 4 t. 73, mas que neste caso fazia excepção; obtendo-se outr'ora para este fim uma dispensa do Desembargo do Paço como se vê do § 87 do respectivo Regimento.

Não tendo passado essa attribuição para os nossos Juizes e Tribunaes parece ter caducado esta Ord.

Entretanto esta disposição póde bem manter-se como excepção a generalidade da Ord. deste liv. t. 73, e em vista da L. de 17 de Agosto de 1761 § 8.

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 108 scholio diz o seguinte:

Emquanto ás clausulas confirmatorias, á estas pertence:

« 1.º O Juramento *promissorio*, o qual por Direito Romano não produz effeito algum, e menos o de validar o acto nullo (L. 7 § 162 *de pactis* l. 5 § 1 Cod. *de legibus*).

« Por Direito Canonico alguns actos, aliás nullos, podião-se validar pelo juramento, a que allude a Ord. do liv. 4 t. 70 § 4.

« Pelas nossas Leis tal juramento nos contractos ou distractos he geralmente prohibido pela Ord. do liv. 4 t. 73; a qual porém costumava ser dispensada pelo extincto Tribunal do Desembargo do Paço, para isso authorisado no § 87 do seu *Regimento*; e obtendo-se esta dispensa, segundo a pratica antiga, se julgava valida a renuncia, que a filha fazia, da herança de seus paes, para entrar em Mosteiro. »

Vide Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 art. 126.

(4) Os pactos successorios, diz Coelho da Rocha no § 731 são prohibidos (Ord. do liv. 4 t. 70 § 3 e 4). Exceptua-se:

1.º Os que versão sobre herança de terceiro, *sendo consentidos por este*, ao qual sempre fica livre mudar de vontade (L. ult. Cod. de *pactis*, e Cabedo—p. 1 *Dec.* 164 n. 5).

2.º Quando contém doações para casamento *determinado*, ou são estipulados nos contractos antenupciaes. L. de 17 de Agosto de 1761 § 8 ibi: *possão estipular assim para a vida, como para a morte, as reservas e condições, que bem lhes parecer* (Lobão—*Notas á Mello* liv. 2 t. 9 § 25 n. 2 e seguintes).

A respeito desta Lei diz T. de Freitas na nota ao art. 354 da *Cons.* o seguinte:

« Esta Lei, que foi suspensa pelo § 1 do D. de 17 de Julho de 1778, não tem applicação entre nós pois que regulava os dotes da antiga Nobreza; mas a disposição do seu § 8 he generica, e harmonisa-se com a latitude da Ord. do liv. 4 t. 46 pr. »

O mesmo Coelho da Rocha defende esta sua opinião na nota H H, onde faz a historia das disposições destes dous §§ 3 e 4 desta Ord., e explica o modo por que hoje sem Desembargo do Paço se póde dar execução ao preceituado nestes dous §, tendo em opposição as Ords. do liv. 1 t. 78 § 13 e a deste liv. t. 73.

Alem desta importante nota convém muito consultar Gouvêa Pinto—*Tratado de Testamentos* cap. 21 nota 132, e Almeida e Souza—*Seg. Lin.* to. 3 Tratado decimo terceiro, *dos Contractos com juramento*, em que este Jurisconsulto analysa tanto estes dous §§, como a Ord. do liv. 1 t. 78 § 13, e o § 87 do Regimento do Desembargo do Paço.

(1) T. de Freitas na *Consol.* art. 353 diz o seguinte de accordo com Gouvêa Pinto—*Trat. de Testamentos* cap. 21 nota 132:

« São nullos todos os pactos necessarios para succeder ou não succeder; ou sejão entre aquelles que esperão ser herdeiros, ou com a propria pessoa de cuja herança se trata. »

E em nota accrescenta:

« Os pactos—*de succedendo* declara a Ord. do liv. 4 tit. 70 § 3 que são illicitos e reprovados, e não confirmaveis por juramento.

« Os pactos—*de non succedendo* declara a mesma Ord. no § 4, que são confirmaveis por juramento. Mas como a Ord. do liv. 4 t. 73 prohibe os contractos jurados, o que só podia ser dispensado pelo Dezembargo do Paço nos termos do § 87 do seu Regimento, resulta que são hoje impossiveis esses pactos para não succeder, *confirmaveis por juramento.*

« A razão he que o Dezembargo do Paço foi abolido pela L. de 22 de Setembro de 1828, sem que se transmittisse para outra autoridade a attribuição de dispensar aquella Ord. liv. 4 tit. 73; dizendo o art. 7 da mesma Lei que, abolidas ficavão todas as attribuições do Tribunal extincto, que não ião especificadas.

« Pelo mesmo motivo resolve-se negativamente a questão—*se o filho ou filha dotada para casamento póde renunciar a successão contentando-se com o dote.*

« São por tanto escusadas as argumentações dos Praxistas sobre tal questão, deduzidas da combinação do Decreto de 17 de Julho de 1778 com a L. de 17 de Agosto de 1761, relativas aos casamentos dos nobres. »

Entretanto ha Praxistas que sustentão a affirmativa independente da confirmação por juramento. E a dispensa do Dezembargo do Paço nos parece desnecessaria, desde que se considerar este § como uma excepção á generalidade da doutrina da Ord. deste liv. t. 73, como já declarámos na nota (3) á este §; maxime tendo-se em consideração a doutrina do § 8 da L. de 17 de Agosto de 1761 *in fine*, que segundo o mesmo T. de Freitas *harmonisa-se com a latitude* da Ord. deste liv. t. 46. pr.

e levar a pena promettida em elle, se se não cumprir (1).

M.—liv. 4 t. 44 § 3.

TITULO LXXI.

Dos contractos simulados (2).

Considerando Nós os muitos enganos, que se seguem dos contractos simulados (3), que algumas pessoas fazem maliciosamente em prejuizo de seus crédores (4), e de outras pessoas, e de nossos Direitos, e por defraudar nossas Leis e Ordenações ; querendo nisso prover, mandamos que pessoa alguma, de qualquer stado e condição que seja, não faça contracto algum simulado, avença, convença, escaimbo, permutação, aforamentos, rendas, apenhamentos, emprestimos, guardas e depositos, doações, promissões, stipulações, obrigações, nem cessão e traspassação dellas, confissões feitas em Juizo, ou fóra delle, nem outros contractos, de qualquer natureza e condição que sejam, sobre quaesquer cousas moveis ou de ráiz, perpetuas, ou á certo tempo, que simulados sejam, em que digam e declarem, ou confessem simuladamente alguma cousa, que na verdade entre elles nos taes contractos, não seja contractada, nem convinda.

E fazendo o contrario, queremos, que por esse mesmo feito qualquer dos sobreditos contractos e convenças, e as scripturas e Alvarás, e autos de confissões, feitos em Juizo e fóra delle, sejam nenhuns e de nenhum vigor, e lhes não seja dada auctoridade alguma. E além disso cada huma das partes contrahentes perca a cousa, quantia, ou estimação das cousas, quantidade, ou dinheiro, e dos bens moveis e de raiz, declaradas simuladamente nos ditos contractos e convenças, segundo acima he dito. Da qual quantia e estimação será huma terça parte para quem o accusar, e a outra terça parte para nossa Camera, e a outra para as pessoas, em cujo prejuizo fôr feita a simulação (1).

E se não fôr feita em prejuizo de pessoa

Demais parece-nos que nesta parte a opinião de Coelho da Rocha he mais aceitavel do que a de T. de Freitas; e aqui copiaremos suas palavras:

« Para ser jurado este contracto era preciso obter do Dezembargo do Paço dispensa da outra Ord. do liv. 4 t. 73, como acima dissemos: porêm hoje que aquelle Tribunal não existe, seria necessario requerer ao Poder Legislativo a dispensa. Mas como isto tem as difficuldades que todos conhecem, ou havemos de concluir que taes renuncias se não podem hoje validar, ou que são comprehendidas na disposição generica da Lei cit. de 17 de Agosto de 1761, que falla de todas as estipulações dos esposos, assim para a vida, como para a morte, com quaesquer clausulas e condições que lhes parecer

« Nós inclinamo-nos a este ultimo arbitrio:—por ser neste caso o juramento *uma pura formalidade*, que nada pode influir na essencia, ou justiça do contracto: porque não deve prejudicar as partes nos seus negocios a falta de uma formalidade, que ellas não podem satisfazer por defeito da Lei, e não por negligencia sua:—por se poder aquella Ord. reputar *antiquada*, como julga o sobredito Mello liv. 1 t. 3 § 10 nota:—e finalmente pela razão tanto logica, como litteral, da citada Lei de 17 de Agosto de 1761.

« Defendendo porém a validade de taes renuncias, exceptuamos *o caso da lesão* na legitima, e o faltarem as provas em favor de quem foi feita a renuncia, assim como as deixas ou doações voluntarias. »

Como he importante conhecer a disposição da Lei de 1761, que interessa a nossa questão, a reproduzimos aqui:

« 8.º Nos dous casos, acima contemplados, de serem as esposas Damas da Rainha, minha sobre todas muito amada e prezada mulher; ou *de serem herdeiras*: ordeno pelo que pertence ás primeiras, que além da decima das rendas dos bens do casal em que viuvarem, lhes fiquem precipuas as suas tenças por todo o tempo que lhes durar a vida, sem que lhes possa diminuir em razão dellas cousa alguma dos Apanagios, ou alimentos, acima ordenados: E pelo que toca ás *segundas*, que como senhoras das suas casas *possão estipular* com seus respectivos esposos, *assim para a vida como para a morte*, as reservas, e condições que *bem lhes parecer*, como até agora se praticou sem a menor differença. »

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*de Manu Regia* p. 1 cap. 18, Phœbo—Dec. 102 n. 17, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 36 nota, Almeida e Souza—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 483, *Fascic.* to. 1 pag. 57, *Notas á Mello* to. 1 pag. 582 e 255, to. 2 pag. 514, *Seg. Lin.* to. 1 pag. 581, e *Obrig.* pag. 188, 335 e 338.

(2) Vide Barbosa *com.*

(3) *Contractos simulados.*

Com o dólo, diz Coelho da Rocha § 101 scholio, tem muita semelhança a *simulação*, que se verifica quando uma das partes ou ambas, dão aos actos uma apparencia differente do que elles são: v. g. affectando doação, quando realmente vendem. Taes actos são nullos (Ord. dó liv. 4 tit. 71).

(4) *Maliciosamente em prejuizo dos credores.*

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) a pag. 666 diz, que para se incorrer na pena de simulação devem intervir não só o dólo como a fraude com prejuizo de terceiro, não sendo punivel a simulação em que taes predicados não existão.

Da mesma sorte nunca a simulação se pode presumir, sem que haja uma causa racional de simular. E provada a causa, a simulação poderá então provar-se por conjecturas e presumpções ainda mui leves.

T. de Freitas na *Consol.* art. 358 nota diz:

« A simulação, do mesmo modo que a fraude, ou qualquer outro *vicio de consentimento*, não se presume, deve ser provada, a não haver lei expressa que mande presumir em algum caso

« Não se deve confundir a *simulação fraudulenta* com a fraude, posto que estes dous vicios sejão analogos, e se distinguão do *erro*, *dolo*, e *coacção* ou *violencia*, porque tendem ao prejuizo de pessoa que não interveio no contracto Quando ha *simulação fraudulenta*, as partes fazem apparentemente um contracto que não tinhão intenção de fazer. Quando ha *fraude*, o contracto he verdadeiro, mas feito para prejudicar a terceiro, ou evitar impostos, ou illudir qualquer disposição da lei. »

Mais adiante referindo-se á *malicia* das convenções diz:

« Trata-se das simulações fraudulentas ou de má fé em prejuizo de terceiros, ou da Fazenda Nacional, ou da disposição de qualquer lei; e não das simulações innocentes. No primeiro caso as partes contractantes não são ouvidas em Juizo sobre a simulação, ou em acções de uma contra outra, ou em acções contra terceiros; e somente terceiros prejudicados poderão demandar a nullidade dos contractos simulados. No segundo caso, qualquer das partes contractantes pode contra as outras allegar em Juizo a nullidade, e esta deve ser julgada, ou para o fim de não produzir o contracto algum effeito, ou de valer com o seu caracter verdadeiro. »

Vide nota ao § 1 deste titulo.

(1) T. de Freitas na *Consol.* nota ao art. 358 diz o seguinte sobre estas penas:

« Ord. do liv. 3 t. 34 § 1, tit. 59 § 25 e liv. 4 t. 71.

« Estão prejudicadas as penas desta Ord., e substi-

alguma, sómente em fraude de alguma Lei, ou nossa Ordenação, será a metade da dita quantia e estimação para quem o accusar, e a outra para nossa Camera. E será degradado para o Brazil por cinco annos com pregão na audiencia. E se fôr Cavalleiro, e dahi para cima, será degradado per seis annos para Africa (1).

M.—liv. 4 t. 15 pr.
S.—p. 4 t. 22 l. 9.
L. de 27 de Julho de 1582 § 59.

1. E para que as taes simulações possam ser mais facilmente provadas, e os que as fizerem, punidos, queremos que se algum dos sobreditos, que assi fez a simulação, a descobrir a Nós, ou á nossas Justiças, antes que cada hum delles por isso seja accusado, ou antes de per Nós ser feita mercê á alguma pessoa, de lhe perdoarmos todas as penas desta Ordenação (2), e que não incorra em pena alguma: com tanto que prove a dita simulação ao tempo, que lhe per Nós, ou per as nossas Justiças, para isso for assinado; e posto que a não prove, a sua confissão, que de si mesmo fez, dizendo, que fizera a dita simulação, lhe não prejudicará. Poderá porém a parte, de que assi diffamou, demandar sua injuria, e ser-lhe-ha julgada segundo a qualidade das pessoas (1).

M.—liv. 4 t. 15 § 1.

TITULO LXXII.

Dos contractos desaforados.

Se alguma pessoa em qualquer contracto prometter dar, ou fazer alguma cousa a tempo certo sob certa pena, e não a dando, fazendo, ou pagando ao dito tempo, que logo seja feita execução em seus bens sem elle mais ser citado (2), nem ouvido com seu di-

---

tuidas, quando haja estellionato, pelo art. 264 § 4 do Cod. Crim. »

Na nota ao art. 591 da mesma obra, referindo-se ás sizas, expressa-se nestes termos:

« A simulação dos contractos, que era punida pela Ord. do liv. 4 t. 71, deixou de ser crime (a não envolver o caso do art. 264 § 4 do Cod. Crim.); e não se pode dizer que esta especie esteja comprehendida nas excepções dos arts. 308 e 319 do mesmo Codigo. »

(1) Estas penas estão no caso das precedentes, hoje sem vigor como se vê da ultima nota.

Vide Ord. do liv. 3 t. 59 § 25, Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) a pag. 641, to. 3 nota (b) a pag. 773, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 8 § 9 nota e § 10, e liv. 4 t. 1 § 8, Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 1 pag. 272, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to 1 arts. 260, 261 e 262.

(2) T. de Freitas na *Consol.* art. 358 nota diz, que esta denuncia que de si mesmos derem os simuladores não pode mais operar o perdão de que trata este §, por isso que tal denuncia importará uma confissão, que provará o delicto nos termos do art. 94 do Cod. do Processo Crim.

Rebouças nas *Obs.* a esta nota sustenta que a razão desta disposição continúa a dar-se, pois tem por mira conseguir-se que as simulações mais facilmente sejão provadas no intuito do § 25 da Ord. do liv. 3 tit. 59.

T. de Freitas em replica a esta doutrina exprime-se nestes termos:

« Não he possivel condescender com esta censura. A Ord. do liv. 5 tit. 75 sobre os *bulrões e inliçadores* tem referencia á especie da Ord. do liv. 4 t. 7 § 2, e ás do art. 264 § 1, 2 e 3 do Cod. Crim.; mas não aos contractos simulados de que trata a Ord. do liv. 4 t. 71.

« O art. 310 do Cod. Crim. tratando de factos criminosos pela Legislação anterior, e não considerados como taes pela Legislação actual, não he applicavel ao caso dos contractos simulados, que he punivel pela Legislação actual na generalidade do § 4 do citado art. 264 do Cod. O que tem applicação he o art. 85 do Cod. Crim. e por virtude delle as penas da Ord. do liv. 4 t. 71 estão substituidas pelas do *estellionato* na hypothese do mencionado § 4 do art. 264.

« O art. 94 do Cod. do Proc. Crim., fallando em geral da confissão do réo em Juizo competente, *não exclue* a confissão feita no Juizo Civil, confissão que pode ser invocada como prova no Juizo Criminal.

« Eu não supponho que tal confissão se faça no Juizo Civil, advirto simplesmente que ella *não opéra* o perdão do § 1 da Ord. do liv. 4 t. 71.

« Pela Legislação actual não ha caso possivel de perdão de penas senão nos declarados pelos arts. 66 e 67 do Cod. Crim.

A estas razões responde Rebouças, e a nosso ver com mais fundamento:

« A razão do § 1 da Ord. do liv. 4 t. 71 continúa, e continuará a se dar e ser procedente, e he a de se conseguir que as simulações mais facilmente sejão provadas no intuito do § 25 da Ord liv. 3 t. 59, e serem punidos os seus perpetradores.

« Assim, ao que civilmente denunciar de si a simulação, antecipando todo o conhecimento della e todo o procedimento official da Justiça, não pode deixar de continuar a ser applicavel o beneficio de se lhe perdoarem todas as penas da mesma Ord. liv. 4 t. 71, e de não ser incurso em alguma outra, posto que não prove a realidade da confissão, de si mesmo feita, porque não o prejudicará.

« Nem se pode com razão dizer que estão prejudicadas pelas disposições do art. 264 § 4 e 265 do Codigo Criminal as penas da Ord liv. 4 t. 71, como diz a nota 4 ao art. 358 da *Consolidação das Leis Civis*, porquanto, se da superveniencia das disposições do Codigo Criminal isso fosse a consequencia, jámais a mesma Ord. liv. 4 t. 71 teria existido depois de promulgada a do liv. 5 t. 65 (*Dos bulrões e inliçadores, e dos que se levantão com fazenda alheia*).

« Se quanto ás penas se deve ter por inapplicavel e inexequivel a Ord. liv. 4 t. 71, he por effeito do art. 310 do Codigo Criminal, emquanto diz que: «Todas as acções ou omissões que, sendo criminosas pelas leis anteriores, não são como taes consideradas no presente Codigo, não sujeitão a pena alguma. »

« E o art. 94 do Codigo do Processo Criminal não poderia, nem pode, ser invocado fóra do caso de que trata, que he da confissão do réo em Juizo competente, sendo livre e coincidindo com as circumstancias do facto para que prove o delicto.

« Sendo bem de ver que, salvo por impericia crassa, a denuncia civil do § 1 da Ord. liv. 4 t. 71, nunca seria dada de si por alguem fóra do caso de prevenir-se della, por meio de um protesto de reclamação, como preliminar de alguma acção ou excepção de nullidade e improcedencia da convenção sujeita, por isso mesmo que simulada, falsa e fraudulosa. »

Em outro lugar tambem diz:

« O *perdão*, de que tratão os arts. 66 e 67 do Cod. Pen., dependentemente de processo criminal e de sentença em cousa julgada; não he certamente applicavel *á denuncia civil*, de que trata a Ord. do liv. 4 t. 71, e que, relevando imputação do delicto de simulação prejudica a toda a acção criminal, que no caso coubesse por parte da Justiça ou de terceiro damnificado contra o *civilmente* denunciante de si. »

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.* e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 196.

(2) Portanto a primeira citação não pode validamente renunciar-se (Al. de 31 de Maio de 1774).

« Pela mesma razão, diz Corrêa Telles na *Interp.* § 120, me persuado, que ninguem pode ser obrigado

reito, mandamos que tal desaforamento (1), não valha, posto que logo assi a tal convença seja julgada por sentença, e que sem embargo de tal contracto e sentença, se não faça execução per ella, até o condenado ser chamado e ouvido com seu direito sobre essa execução (2).

M.—liv. 4 t. 4.

TITULO LXXIII.

Que se não façam contractos, nem distractos com juramento promissorio, ou boa fé (3).

Nenhuma pessoa em todos Nossos Reinos e Senhorios faça contracto (4), obrigação, postura, avença, convença, promettimento, quitação, nem outro algum distracto, assi per scripto, como per palavra, em que ponha promettimento de boa fé (5), nem outro algum juramento; e fazendo o contrario, mandamos, que os taes contractos, convenças (6), ou distractos não valham, e a parte que os fizer, perderá todo o dinheiro, que no contracto der, ou prometter, ou sobre que entre elles fôr feita convença, e a outra parte perderá outro tanto, sendo o contracto de dinheiro sómente. E intervindo de huma parte dinheiro, e da outra não, assi como nas compras, cada huma dellas perderá o que dava no contracto. E sendo de ambas as partes sem dinheiro, cada huma das partes perderá tudo o que receber pelo tal contracto, ou convença. O que se entenderá no juramento promissorio sómente, e não no juramento assertorio, ou declaratorio (1).

M.—liv. 4 t. 3.

1. E sendo a convença, ou distracto feito per Tabellião publico (2), ou Scrivão, pague outro tanto, como mandamos que cada huma das partes contrahentes pague. E se ambas as partes contrahentes não houverem de pagar por igual, pagará o Tabellião, como o que menos houver de pagar, e mais por esse mesmo feito perderá o Officio. Das quaes penas, as duas partes serão para nossa Camera, e a terça parte para o accusador (3).

M.—liv. 4 t. 3.

TITULO LXXIV.

Dos que fazem cessão de bens (4).

Porque com o remedio de poder fazer cessão de bens, fazião os devedores malicias, e enganos em prejuizo dos credores, os quaes se lhes não podião provar: queren-

---

executivamente, não obstánte ter pactuado sujeitar-se á via executiva (Ord. do liv. 4 t. 72, Lima—*com.* á Ord. do mesmo liv. t. 57 pr. n. 19, e Moraes — *de Execut.* liv. 1 cap. 4 §§ 68 e 69). »

(1) *Desaforamento*, i. e., renuncia ao fôro ou direito introduzido a favor do que fez contractos desaforados.

Desaforar-se: renunciar ao fôro do domicilio, privilegio, ou da natureza da acção, e causa, e ordem judicial. Renunciar o réo á demanda, que o autor lhe havia de mover para o executar, ou fazer cahir em commisso.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, maxime o do segundo que he importante, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*d*) á pag. 578, Pereira de Castro—*Dec.* 34, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 8 § 12, e liv. 4 t. 9 § 3, e Almeida e Sousa—*Proc. Execut.* pag. 118 e *Notas á Mello* to. 1 pag. 272

(3) A razão desta Lei consistia no empenho que tinha o Poder Civil de evitár que as causas dos seculares, por motivo do juramento promissorio, não fossem parar no Fôro ou Juizo Ecclesiastico (Lima—*com.* n. 3, e Moraes—*de Execut.* liv. 2 cap. 19 n. 28).

Não subsistindo hoje esta razão, a prohibição da lei não tem mais fundamento.

(4) Vide Ord. do liv. 1 t. 78 § 13, e Regimento do Dezembargo do Paço § 87 e notas respectivas.

A' esta regra havia a excepção sobre pactos successorios da Ord. deste liv. t. 70 § 4, que segundo a pratica só era admissivel por meio da dispensa do Dezembargo do Paço autorisada no § 87 do respectivo Regimento.

Vide T. de Freitas—*Consol.* art. 389 § 3 nota (2), assim como a nota (3) ao art. 555 da mesma obra.

(5) *Promettimento de bôa fé.*

Estas expressões importão juramento promissorio, segundo Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 9 nota (*c*) á pag. 272; porque jurar ou dar fé significão a mesma cousa, e julga-se como iguaes, posto que esta conclusão soffra muitas difficuldades (Cortiad—*Dec.* 167 de n. 16 em diante).

(6) Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*c*) á pag. 273 traz a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa:

« Por esta Ord. votei, que neste Reino não podia o usufructuario satisfazer com a caução juratoria; e assim se venceu por mais votos: partes José de Sousa Valdez e D. Maria Thereza de Sousa. Escrivão *Manoel da Costa Pereira*; onde se acha largamente discutido. Veja-se a Ord. do liv. 5 t. 133 § 1. »

Segundo Barbosa—*com.* n. 2 esta Ord. tambem tem cabimento nos quasi contractos, por identidade de razão (Valasco—*Cons.* 99 n. 11). Mas não tem lugar nos testamentos e codicillos (Lima—*com.* n. 6, e *com* no § 1 n. 204).

(1) *Juramento assertorio ou declaratorio*, i. e., o juramento pelo qual se affirma um facto presente ou de preterito.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*de Manu Regia* p. 1 cap. 18, Themudo—*Dec.* 44 e 100, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 5 § 42, e t. 8 § 13, liv. 2 t. 13 § 8 nota, liv. 3 t. 5 § 36 nota, e liv. 4 t. 5 § 8, t. 6 § 28, e t. 19 § 5, e *Hist.* § 51, e Almeida e Sousa—*Diss.* pag. 72, e *Notas á Mello* to. 1 pag. 168 e 272, to. 2 pag. 514, to. 3 pag. 187, e to. 4 pag. 284.

(2) Vide Ord. do liv. 1 t. 78 § 13, e Regimento do Desembargo do Paço § 87.

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 6 § 28.

(4) A cessão de bens era um beneficio consagrado pela Legislação, afim de que o devedor de boa fé demonstrando voluntaria ou judicialmente á seus credores que a razão do não cumprimento de suas obrigações era não o dólo, mas o infortunio; obtinha delles, ou por sentença judicial, permissão para começar de novo sua vida, e ficar com alguns bens para alimentar-se, sem aliás ficar de todo exonerado do pagamento do restante, á que estava sujeito, logo que houvesse adquirido novos recursos; ou em falta disto obtinha uma moratoria por cinco annos.

Era porem indispensavel demonstrar por meio de um inventario quaes os bens que possuia antes de contrahir as dividas, e as adversidades que lhe sobrevierão.

Aos credores era livre a impugnação, mas reconhecida a boa fé do devedor *o beneficio da cessão* era lhe garantido.

do a isto prover, mandamos que não possa devedor algum fazer cessão de seus bens, e se a fizer, seja de nenhum effeito, e invalida: salvo, provando, que ao tempo que contractou, tinha tanta fazenda sua, porque os credores bem podião estar seguros de seu pagamento, e por lhe sobrevir algum caso, dano, ou perda sem culpa sua, por onde sua fazenda fosse diminuida, ou perdida, não pode pagar: ou se o devedor logo ou contracto da obrigação por qualquer maneira que fôr feito, declarou aos credores, que não tinha fazenda, ou que a tinha obrigada á outras pessoas, porque em cada hum destes casos poderá fazer cessão (1).

Mas sobrevindo a Lei de 20 de Junho de 1774 § 19 *in fine*, explicada depois pelo Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno, cahio em desuso a prisão dos devedores insolvaveis, ainda que o supradicto Ass. limitasse o beneficio aos devedores de boa fé, não havendo a largueza, que se tem dado á doutrina do Ass. em questão.

Essa intelligencia autorisou a muitos Juristas desde Mello Freire—*Inst.* liv 1 t. 8 § 12 nota, a sustentarem que depois daquelle Ass. o *beneficio* da cessão de bens, tornou-se inutil, assim como o *beneficio de competencia* que lhe he annexo (Pereira e Sousa—*Prim. Lin.* nota 824, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 170 scholio, Loureiro—*Dir. Civ. Braz* § 747 (segunda edição), e T. deFreitas—*Consol.* art. 436 nota 2).

Alguns destes authores usão da expressão—*pouco uso*—póde ter, tratando deste beneficio.

Ferreira Borges no seu *Dicc. Jur. Com.* art. *Cessão de bens*, exprime-se por esta fórma :

« Como entre nós se acha abolida a prisão por dividas civeis, he *sem utilidade* a cessão de bens no rigor da legislação dos demais Paizes. Ella todavia *póde ter lugar*; e he *voluntaria*, quando os credores voluntariamente a aceitão, e *judicial*, quando ordenada em Juizo ainda contra a vontade dos credores (*Baldasseroni*).

« Vide Ords. do liv. 3 t. 86 § 13, liv. 4 t. 74 e t. 76 § 3, ainda que hoje em parte abolidas pelo Ass. de 18 de Agosto de 1774, e liv 5 t. 66 § 2. »

Portanto as questões acerca do beneficio reduzem-se a duas : se ainda he admissivel, e se tem utilidade.

A primeira questão está resolvida, por quanto a presente Ord ainda não foi revogada, e a L de 20 de Junho, como o Ass. de 18 de Agosto de 1774 não fizerão mais do que roborar a doutrina consagrada na mesma Ord., i e., que os devedores de boa fé *insolvaveis*, não fossem presos por dividas.

Se esta boa fé fôr posta em duvida, o devedor para eximir-se da prisão tem sempre a recorrer ao beneficio da cessão, e ainda reclama-lo para gozar do outro de competencia.

A segunda tambem se acha resolvida, provada a admissibilidade do beneficio ainda na presente epocha, por quanto o devedor honesto e pundonoroso, hoje que a usura campêa sem obstaculos, não póde ter o insensatez de não reclamar esse beneficio, para tranquillidade sua, e interesse de sua familia.

A utilidade deste beneficio quem a reconhece he o o devedor, que com elle ganha, e não deve renuncia-lo.

Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 1 de art. 1127 á 1135 reconhece a conveniencia deste beneficio, que não se acha abrogado.

E ainda com mór clareza o demonstra na nota ao art. 509 das *Obrigações* de Pothier, que aqui transcrevemos :

« O beneficio da cessão de bens começou á ter pouco uso entre nós depois que se derogou a Lei, que permittia prender os devedores que não pagavão aos credores (Ass. de 18 de Agosto de 1774). Entretanto *está em vigor* a Ord. do liv. 4 t. 74, que determina as formalidades, com que deve ser feita a cessão, que declara as pessoas ás quaes se não concede este beneficio, o qual póde ainda agora ser de algum proveito (Lobão—*Execuções* § 180 e seguintes). »

No mesmo sentido parece pensar Silva Lisboa—*Dir. Mercantil* trat. 7 § 17, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 557 da primeira edição, assim como o autor dos *Elementos do Proc. Civ.* no cap. 11 § 37.

Almeida e Sousa tanto nas *Notas á Mello* to. 1 pag. 907 nota, como nas *Execuções* cap. 7 de § 179, á 198 demonstra não só a praticabilidade, como a utilidade deste beneficio ainda depois daquella Lei e Ass. de 1774. Mas as razões em que estriba sua opinião, tem por fundamento uma circumstancia *a prisão previa do devedor*, que hoje se não poderia levar á effeito, maxime attendendo-se ao que se pratica no fôro commercial com os fallidos, que não são presos sem se provar má fé ou dólo.

Se esta doutrina prevalece no Juizo Commercial, que he excepcional, com dobrada razão deve succeder no Juizo Civil ou commum.

Portanto o que diz este Jurisconsulto quanto á *prisão previa* do devedor deve-se abandonar, admittindo-se tão somente as suas razões quanto á utilidade do *beneficio da cessão* exaradas no § 194, que aqui transcrevemos:

« Aos mais fallidos de boa fé (*não negociantes*), e que se justificão taes, tambem *não são poucas as utilidades*, que lhes resultão da cessão de bens: — porque 1º os liberta das prisões (Ord. do liv. 4 t. 76 e Cod. Civ. Francez art. 1270): — porque 2º se lhes salvão os vestidos, camas e instrumentos, que dizem os Codigos e Doutores referidos nos §§ 136 e 137:—porque 3º supposto que vindo a melhorar de fortuna sejão obrigados a complementar as dividas, que seus bens não poderão satisfazer; comtudo a Ord. liv. 4 t. 74 no fim do principio lhes salva para o futuro o *beneficio da competencia*: de forma que se depois de feita a cessão houver outros bens de novo (diz a dita Ord.) serão obrigados por elles á divida: — « comtanto que lhes fiquem tantos bens, com que razoadamente se possa manter segundo o seu estado e condição, em maneira que não pereça de fome, segundo arbitrio de bom Juiz: » Ord que teve por fonte a L 4 e 6 ff. *de cess. bon.* Moraes — *de Execution.* liv. 6 cap. 12 sub n. 59 etc. *Sed si postea modicum acquisiverit, præter alimenta, non debet convenire iterum.* Bem que adverte Van-Espen—*de Jure Eccl.* p. 3 tit. 9 cap. 4 n. 37, que aqui deve ser circumspecto o arbitrio do Juiz (com que se conforma a nossa Ord.): —sobre tudo isto 4º o Codigo Josephino, no § 376. he tão humano com os fallidos *de boa fé*, que fazendo cessão de bens lhes deixa não só os vestidos, as camas e os moveis indispensavelmente necessarios para elle, mulher e filhos; mas para todos (quando desprevenidos de meios) uns alimentos absolutamente necessarios, um *tanto* por dia, e por cabeça á cada um; mas só aos que gozão do *beneficio da competencia*, como no § 195. »

Vide tambem Barbosa no respectivo *com.*

(1) De uma *Memoria* sobre a materia da nota precedente, escripta por um distincto Advogado da cidade de Vassouras, o Dr. Francisco de Assis de Almeida, extrahimos o seguinte, que se acha de harmonia com a opinião de Corrêa Telles e Almeida e Sousa; e parece-nos sua argumentação baseada em solidos fundamentos:

« Primeiramente não ha Lei alguma, Alvará, ou Assentos que tenhão revogado em todo, ou em parte as disposições essenciaes das Ord. liv. 4 tit. 74 e 76, que tratão da cessão de bens, e consequente Concordata dos credores, nem as Leis se podem presumir revogadas por meras inducções. O mais que se pode dizer he que o § 19 da Lei de 20 de Junho de 1774 com o Assento respectivo, apenas derogou nellas a pequena parte da prisão dos devedores de boa fé, deixando-as em tudo o mais em seu pleno vigor; pois o caracter das leis especiaes, e restrictivas, he derogarem somente o ponto preciso á que se referem.

« O Decreto de 14 de Março de 1780, longe de as revogar, ao contrario as confirma, estabelecendo—que o voto da maioria dos credores não obriga a minoria, quanto a rebate de dividas, mas sim quanto á concessão de inducias, e outras condições; sendo que o nosso Supremo Tribunal já decidio em uma causa, que a cessação, ou diminuição dos premios para o futuro, propriamente não constitue rebate de divida.

« Os mais Alvarás sobre essas Ordenações não fazem outra cousa senão explica-las, alguns accrescentão

E quando assi a fizer, nos casos em que dissemos que a póde fazer, se depois della feita houver outros bens de novo, será obrigado por elles á divida, com tanto, que lhe fiquem tantos bens, com que rasoadamente se possa manter segundo seu estado,

---

certas formalidades proprias do commercio, e portanto não se pode dizer que as tenhão revogado.

« Dir-se-ha por ventura, que ficárão tacita e implicitamente revogadas pela adopção do nosso Cod. Commercial? Fóra um absurdo inqualificavel, porque os Codigos Civil e Commercial são distinctos e separados, pertencem a ordens differentes, governão a classes diversas, sendo o Direito Mercantil especial, de excepção, e só proprio para os commerciantes; um não revoga *ipso facto* o que o outro tem estabelecido, mas deve-se manter o que cada um determina na sua esphera propria. O nosso Cod Commercial pois, que legislou somente para os Negociantes, e que por sua natureza he Lei especial e de excepção, não tocou, nem podia tocar nas providencias, que as Ordenações (nosso Direito Civil e commum) tinhão estabelecido para a generalidade dos habitantes do paiz.

« Demais antes do Codigo já existião algumas Leis mercantis, e seguião-se nos casos omissos as das Nações mais civilisadas; e entretanto ninguem dizia que ellas tivessem revogado para os particulares áquellas Ordenações. Accresce que no mesmo Codigo ha grande differença entre *moratoria* e *concordata*, e que se aquella não pode ser outorgada senão a Negociantes matriculados, como um privilegio e favor, esta se concede em geral a todos, matriculados ou não, pois he direito dos credores. Que muito he pois que se conservem, e concedão á devedores civis, como Lavradores e outros particulares, esta cessão de bens e concordata de credores, estabelecidas pelas citadas Ordenações? Em que os Lavradores são inferiores ou menos dignos de protecção do que os Negociantes não matriculados?

« O argumento unico e forte dos sectarios da opinião de Mello Freire he que as Ordenações estão *revogadas pelo desuso*! Porém isto he uma heresia constitucional e juridica, porque conforme á sciencia moderna, e preceitos do Direito Publico e systema representativo, nenhuma Lei se revoga pelo simples *não uso*, mas unicamente por outra lei expressa.

« Em segundo lugar *esse desuso*, sendo materia de facto, devia estar plenámente provado quanto aos dous Reinos, e quanto a todos os Juizes delles, para se poder dizer, que era universal, e ser invocado como Aresto Onde porém está essa prova, onde a certeza de que nos centenares de Termos judiciaes dos dous paizes, Portugal e Brazil, não houverão muitas cessões de bens e Concordatas, que prevalecerão, embora não chegasse aos Tribunaes superiores, como muitas causas não chegão? Permittão-me pois, que não juremos na sua dogmatica adevinhação.

« Em terceiro lugar o *desuso*, que he um costume contrario ao uso para ter vigor e força de Lei, deve, como todo o costume, ter os trez seguintes requisitos da Lei de 18 de Agosto de 1769, isto he: 1.º *não ser contrario á lei expressa*; 2.º *ter mais de cem annos*; 3.º *ser conforme a bôa razão*. Ora o de que tratamos não tem nem um destes requisitos; porque he contrario ás Ordenações citadas, que elle quer revogar; existirá apenas desde 1790; e emfim não he conforme á bôa razão, porque tende a extinguir providencias legaes muito necessarias e uteis, como passaremos a vêr.

« Accrescentão porém os mesmos sectarios, como para corroborar o argumento do *desuso*, que essas medidas se tornarão desnecessarias, e inuteis depois da abolição da prisão. Ora já vimos, que Lobão, Corrêa Telles e outros combatem esta injusta apreciação, e demonstrão, que ainda hoje as cessões de bens e concordatas são necessarias, e de vantagem. Seguindo a taes mestres, procuremos provar mais concludentemente este ponto.

« Se a cessão de bens tivesse por unico fim isentar os devedores da prisão, poder-se-ia talvez dizer, que a abolição desta tornava inutil aquella providencia. Porém ella serve ao devedor para mostrar sua bôa fé, para o livrar dos encommodos e despezas de muitas e diversas execuções, e suas consequencias, para lhe salvar os vestidos, cama e instrumentos, e muitas vezes para alcançar inducias creditorias. Em verdade da cessão de bens, se fôr feita com regra, e com bôa fé, quasi sempre resultará uma Concordata dos credores, pela qual, fazendo pequenas concessões, já de tempo, já de premios futuros, com ou sem rebate dos capitaes, e obtendo outras de seus devedores, como garantias, evitão muitas lutas, questões, incommodos e despezas, cobrão a maior parte de suas dividas, salvão da miseria os seus devedores infelizes e suas familias, e não arruinão estabelecimentos ou casaes, cuja conservação he tão util ao Estado.

« Por outro lado já o Alvará de 30 de Outubro de 1793 havia reconhecido, que o Brazil era um paiz novo, e *essencialmente* commerciante. Ora desde então essa qualidade caracteristica augmentou-se muito; e diffundio-se por quasi todas as classes da sociedade as quaes mais ou menos tomão parte em operações de commercio, ou mixtas. Assim por exemplo: nossos Lavradores tomavão, e tomão a premio avultados cabedaes, ja para solução de grandes debitos anteriores, já para a compra de terras, escravos, utensis, factura de machinas, engenhos, acceitão, e endossão letras, dão abonos e fianças mercantis, fazem penhores, e hypothecas, etc.

« De tudo isto tem resultado para a nossa lavoura muitos, e grandes empenhos, que tem trazido centenares de nossos Lavradores á um verdadeiro eztado de fallimento, ou insolvabilidade, outros á uma completa ruina, e continuarão á produzir iguaes effeitos no futuro.

« He um lugar commum; repetido por todos á cada hora, que a nossa lavoura está arruinada, e precisa de protecção para salvar-se.

« Sendo assim torna-se evidente, que a mesma lavoura tem muita necessidade da protecção da lei, para seus membros fazerem cessão de bens, pedirem Concordata, tratarem de salvar suas propriedades, rehabilitar-se, etc; remedio o mais prompto e adequado, que se possa conceder, que *mutatis mutandis* he o mesmo que se dá aos commerciantes, ainda os não matriculados, e que já está decretado nas Ordenações liv. 4 t. 74 e 76, e não precisa ser estabelecido de novo, mas basta que seja executado.

«Com effeito reconhecida aquella enfermidade, como, com que justiça e equidade se negar á lavoura o unico remedio, que aliás he tão legal, e que até ao pequeno commercio se concede? Não ha legalidade nem justiça, nem razão em tal proceder.

« Nem se negue a efficacia de semilhantes providencias; porque muitas Concordatas com Lavradores se tem feito em todo o Brazil, as quaes tem tido bons resultados salvando-se os capitaes dos credores e os estabelecimentos dos devedores com grande vantagem do Estado, evitando-se lutas. e demandas prolongadas, e dispendiosas. E quantas outras se não tem effectuado, talvez por aquella erronea opinião, e cuja falta deo prejuizo total aos credores, e arruinou os devedores, e seus estalelecimentos; sem utilidade para ninguem?

« Além de tudo isto a cessão de bens, e a possibilidade de uma Concordata, devem contribuir muito para sustentar-se a moralidade das transacções, e impedir a frequentissima fraude, que alguns credores mais espertos e exigentes commettem, coagindo os devedores a lhes hypothecarem todos os seus bens, com inteira exclusão dos outros credores.

« Emfim parece-nos que a cessão de bens voluntaria, ou ainda mesmo obrigatoria em certos casos, que a lei haja de determinar, poderá bem servir para estes dous fins importantissimos: 1º marcar precisamente a época da insolvabilidade do devedor, e por conseguinte o vencimento de certas dividas ou obrigações, etc.: 2º subministrar uma base segura para se considerarem nullos *pleno jure* certos actos, praticados nos dias ante proximos do fallimento.

« São *duas faltas bem graves*, e sensiveis em nosso Direito Civil, que muito nos embaração na pratica. Com effeito, que importa, por exemplo, que a nova lei hypothecaria determine a nullidade das hypothecas, lavradas nos quarenta dias anteriores ao fallimento, se a quasi totalidade dellas he passada por Fazendeiros, e outros particulares, e para estes não está marcado um fallimento, nem a época delle?

e condição, em maneira que não pereça de fome (1), segundo arbitrio de bom Juiz (2).

M.—liv. 3 t. 89 § pr.

1. E o que der lugar aos bens, declara-los-ha todos per scripto feito, e assinado por sua mão, se souber screver; e se não souber, mande-os screver a outrem, e elle assine o scripto por sua mão, ou mande fazer inventario delles a hum Tabellião publico, ou Scrivão, que faça fé de como declarou esses bens todos, que ao tal tempo tinha, no scripto conteúdos, affirmando não ter mais. O qual inventario será assinado pela parte.

E assi declarará todas as dividas que deve, e lhe devem, e as pessoas a que elle declarar que deve, serão citadas para a dita cessão, e o rol será apresentado em Juizo ao Juiz, á que o conhecimento pertencer, em modo que depois, se se poder mostrar que elle á esse tempo tinha outros bens, além dos que declarou no scripto, não possa gozar da cessão dos bens que assi tiver feita (1).

M.—liv. 3 t. 89 § 1.

2. E sendo contente o credor, contra quem se quer fazer a cessão, que o devedor haja spaço de cinco annos para pagar a divida, ser-lhe-ha outorgado (2). O qual spaço passado, se o devedor não pagar, ainda que queira dar lugar aos bens, já não poderá em prejuizo dos credores, mas será preso até que pague, sem embargo da cessão que queria fazer (3).

M.—liv. 3 t. 89 § 2.

3. E sendo muitos credores, e querendo huns dar o dito spaço ao devedor, e os outros não, mas que todavia dê logo lugar aos bens, ou seja preso, stará o Julgador por aquella parte a que mais fôr devido, e essa confirmará (4).

E ainda que de huma parte seja hum só credor, e d'outra sejão muitos, se áquelle só fôr mais devido, que á todos os outros, esse

---

« De todo o exposto podemos concluir que na propria ordem civil estão ainda em vigor as Ord. liv. 4 tit. 74 e 76 com sua cessão de bens, e Concordatas obrigatorias, porque não forão revogadas por outras Leis, Alvarás, ou Assentos, nem pelo *desuso* e inutilidade, antes hoje ainda são mais necessarias e vantajosas; sendo que por isso mesmo podem ser invocadas, e devem ser cumpridas pelos Tribunaes, sob pena de lesa-legislação, e legitima jurisprudencia.

« No autorisado *Digesto Portuguez* de Corrêa Telles to. 1 art. 1127 e seguintes vem exposto em artigos claros e concisos, o fiel transumpto dessas Ordenações, e das Leis que as explicárão, e isto de modo applicavel nas relações civis, e omittido o que he especial ao commercio. Sirva-nos pois essa compilação, emquanto não melhoramos as duas instituições. »

(1) *Não pereça de fome.*

He este o *beneficio* chamado *de competencia*, que cabe ao devedor de boa fé que faz cessão de bens.

Almeida e Sousa nas *Execuções* § 195 e seguintes exprime-se por esta forma quanto a este beneficio:

« O Direito Romano concedeu este beneficio na L. 16 e seguintes ff. *de re judicat.* aos ascendentes e descendentes (não aos Padrastos e Madrastas); aos irmãos e irmãs, ainda que unilateraes: aos socios universaes; ao marido e mulher reciprocamente; ao doador demandado pelo donatario: ao soldado pelas dividas contrahidas em razão da milicia: aos filhos familias pelas dividas contrahidas *sub sacris paternis*; ao que *uma vez* fez *cessão de bens* (Strikio—*Us. mod.* liv. 42 tit. 3 § 20).

« Os Doutores o ampliárão aos Clerigos, aos Nobres, aos Doutores e Bachareis, Advogados, Estudantes, etc. (Strikio *supra* § 21 *ad aliqua*, Moraes—*de Execut*, liv. 6 cap. 12 n. 61, Lima — *com.* á Ord. liv. 4 t. 74 § 1 de n. 41 em diante, Guerreiro — *Trat.* 1 liv. 4 cap. 11 de n. 73 em diante, etc.). »

Continuando no § 196 diz ainda Almeida e Sousa:

« Este Direito Romano foi adoptado na Hespanha pela lei, que transcreveu Salgado — *in Labyrint.* p. 1 cap. 24 n. 1 e seguintes.

« No nosso Reino (§ 197) antes deste Assento (de 18 de Agosto de 1774) vemos na pratica do Fôro *recebido* este beneficio da competencia nos trez casos julgados, que refere Pegas—*Forens.* to. 1 cap. 5 n. 404.

« Os effeitos deste beneficio são não poderem essas pessoas ser executadas *ultra quam facere possint*, e se lhes reservarem uns competentes, e bem regulados alimentos por um prudente arbitrio do Julgador, conforme as qualidades das pessoas, e quantidade dos bens (Salgado—*supra* de n. 12 em diante).

« As pessoas, a quem compete este beneficio, o podem oppôr, como mais favoravel, *sem fazerem cessão de bens* (Van-Espen—*de jure Eccl.* p. 3 tit. 9 cap. 4 n. 40, Lima—*com.* á Ord. do liv. 4 t. 74 § 1 n. 41, Guerreiro —*Trat.* 1 liv. 4 cap. 11 de n. 73 em diante): de forma que como diz Boehmero — *ad jus* ff. liv. 42 t. 3 § 3, essas pessoas com a cessão *omnia amittunt*, e com aquelle beneficio *omnia necessaria alimenta retinent.* confere Altimario—*supra* t. 79 ns. 47 e 992.

« Cessa porém este beneficio naquelles devedores, que por officio, ou Artificio se podem commodamente alimentar a si mesmos. »

(2) Vide Barbosa, e Lima, nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 104, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 419, notas (*a*) e (*b*) a pag. 420, e nota (*a*) a pag. 422, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 8 § 12 nota, liv. 4 t. 5 § 6 e t. 22 § 18, e Almeida e Sousa — *Execuções* cap. 7, e *Notas a Mello* to. 1 pag. 307 nota.

---

(1) Vide Barbosa, e Lima, nos respectivos *com.*, maxime os do segundo, importantes pelas ampliações e limitações que apresenta sobre este §; Guerreiro — *de Invent.* liv. 4 cap. 11 de n. 2 em diante, Moraes — *de Execut.* liv. 6 cap. 12 n. 59 vers. — *Ante quam vero*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 421.

(2) *Moratoria* por cinco annos. He um direito dos credores, que podem delle usar, se acharem preferivel á cessão de bens, confiando na intelligencia, probidade, e discrição do devedor.

Vide sobre esta materia a nota ao § 3.

(3) Vide Barbosa, e Lima, nos respectivos *com.*, maxime os do segundo pelo desenvolvimentos em que entra; e Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*d*) a pag. 423.

(4) Corrêa Telles nas *Obrig.* to 1 § 87 nota diz o seguinte:

« Entre nós basta que o credor ou credores de maior divida convenhão na Concordata, para os outros serem obrigados a estar por ella (Ord. do liv. 3 t. 78 § 8 e liv. 4 t. 74 § 3). Mas estes só são constrangidos *á espéra*, e não fazer rebate algum ao devedor (Al. de 14 de Março de 1780). »

Na *Doutr. das Acç.* § 301 nota (3) exprime-se desta forma.

« Assim a *Concordata* feita pelos credores de maior quantia sobre o rebate, que se ha de fazer ao devedor commum, não obriga o credor, que a não assignou (Al. de 14 de Março de 1780).

« Comtudo este mesmo credor he obrigado ás *inducias*, concordadas pelos credores de maiores quantias, porque o cit. Alv. não revogou a Ord. do liv. 4 t. 74 § 3, nem legislou sobre ellas (Ass. de 15 de Fevereiro de 1791). Este Ass. parece ser posterior ao tempo em que Mello escreveu as suas *Inst.* liv. 4 t. 2 § 6. »

Sobre Concordatas no commercio com os credores vide Cod. Com. Port. art. 1184 e seguintes, e o Cod. Com. Braz. arts. 842 e seguintes.

só prevalecerá sobre os outros todos (1), de maneira que se não tenha respeito ao numero dos credores, mas sómente á summa, e quantidade da divida. Porém sendo o numero dos credores, e a summa, e quantidade das dividas toda igual, prevalecerá a parte que outorga ser dado o spaço de cinco annos (2), por ser mais piedosa.

Se porém a menor parte dos credores

---

(1) Moraes Carvalho na sua *Praxe Forense* § 253 nota 132 diz o seguinte sobre esta materia:

« Quando a maioria dos credores *em quantidade de somma* concedem um prazo ou respiro ao devedor, este accordo *liga* a minoria (Ord. do liv. 3 t. 78 § 8 e liv. 4 t. 74 § 3 e Ass. de 15 de Fevereiro de 1791), menos porem quanto a rebate de divida (Al. de 14 de Março de 1780).

« Para que esse *compromisso* seja valido devem ser citados todos os credores (Ass. de 11 de Janeiro de 1653), porém póde julgar-se para com os concordantes, e citar depois os dissidentes (Ass. de 5 de Dezembro de 1770).

« A Res. de 23 de Maio, em Edital de 3 de Junho de 1804, manda fazer effectivas as *Concordatas* em que houver pluralidade legal dos credores.

« O Ass. de 23 de Julho de 1811 declara, que para se admittirem embargos de concordancia, he mistér segurar o Juizo no caso de já haver sentença á executar; mas quando ainda não ha sentença e o credor apenas propõe a acção, póde oppor-se-lhe a *excepção* de *compromisso.*

« As moratorias que erão concedidas pelo Soberano tinhão o seu assento nas Ords. do liv. 3 t. 37 e 38, e derivavão-se do dominio eminente da Soberania sobre os bens de toda a communidade (Silva Lisboa—*Dir. Mercantil*, to. 7 cap. 16): hoje não se concedem, por que pela Constituição, o Monarcha não tem a facilidade de restringir as leis, e os poderes politicos tem linhas divisorias de suas attribuições. »

(2) *Cinco annos.*

Vide nota (1) no § 2 desta Ord.

Este espaço chama-se indifferentemente *Inducias* e *Moratoria*, porque são synonimos, e comtudo tem sua differença.

Chama-se *Inducias* ao espaço que se concede aos devedores para pagamento da divida, *pendendo* a lide em Juizo (Ass. de 18 de Fevereiro de 1791).

Pelo contrario a *Moratoria* he o mesmo espaço concedido ao devedor antes da causa se achar em tela judiciaria; e tambem, segundo alguns, depois da sentença, mas antes da execução iniciada.

Ferreira Borges no *Dicc. Jur. Com.* art. *Compromisso* expõe com a maior clareza esta materia:

« Tambem se chama *Compromisso* a concordata que os credores de um devedor commum fazem entre si e com elle acerca do pagamento de seus credores. Neste caso:

1.º He necessaria a citação de todos os credores, ainda que tenhão sentenças (Ass. de 11 de Janeiro de 1653), bastando todavia que se faça a citação depois de de julgado o compromisso (Ass. de 15 de Dezembro de 1770).

2.º O Compromisso dos credores de maior quantia á favor do devedor commum *desobriga-o* de fazer cessão de bens (cit. Ass. de 15 de Dezembro de 1770).

« E sendo feito pelo maior numero obriga á todos (D. de 4 de Abril de 1777): exceptua-se o caso de rebate (Al. de 14 de Março de 1780, e Ass. de 15 de Fevereiro de 1791); e o caso de inducias sem rebate (Ass. de 23 de Julho de 1811).

« O cit. Alv. de 14 de Março de 1780 *firmou* a ultima legislação estabelecendo, que nenhuns credores, seja de qual fôr a sua qualidade, fiquem obrigados a acceder ao accordo dos outros, ainda que sejão maiores em numero, ou de maiores quantias para contra suas vontades rebaterem qualquer porção de suas dividas: mas ficão sujeitos ás *inducias* ou *moratorias* na fórma da Ord. do liv. 4 t. 74 § 3, como declarou o Ass. de 15 de Fevereiro de 1791, sendo comtudo necessario, que o Juiz *assim declare* por sentença. »

sentir que a concordia da maior parte he fundada em algum evidente engano, ou malicia, poderá protestar, e se guardará o que dissemos, no (Liv. 3) Titulo 78: *Quando poderão appellar dos autos, que se fazem fóra do Juizo* (1).

M.—liv. 3 t. 89 § 3 e t. 62 § 8.

4. E no caso, onde todos os credores se accordassem, que o devedor houvesse spaço de cinco annos para pagar todas ás dividas, será elle obrigado aceita-lo, ainda que não queira, porque esta eleição de cinco annos, ou dar lugar aos bens, he outorgada aos credores; e pois elles escolhem que o devedor haja o dito espaço de cinco annos, não o poderá recusar o devedor (2).

M.—liv. 3 t. 89 § 4.

5. E em todo o caso, onde o devedor quizer fazer cessão, e algum credor requerer que o prendão, será logo preso. E sendo preso, se liquidará se a póde fazer, ou não (3).

M.—liv. 3 t. 89 § 5.

6. E todo o que quizer dar lugar aos bens, fará cessão em Juizo, confessando todas as dividas, porque a faz, declarando, e mostrando todos os bens, que a esse tempo tiver.

E sómente lhe ficarão os vestidos que a esse tempo tiver vestidos, com tanto que não sejão de muito grande valia, per que alguns credores possão haver pagamento de suas dividas. E se fôr duvida, se são de grande valia, ou não, ficará em arbitrio do Julgador (4).

M.—liv. 3 t. 89 § 6.

7. E declaramos tudo isto, que dito he, não haver lugar onde fôr querelado de algum, ou lhe fôr provado, posto que se não querele, que he bulrão, e inliçador; porque ainda que suas dividas descendão de cousa civel, já esse civel he convertido em crime, pois he culpado de bulrão, e por tanto lhe não valerá a cessão (5). Nem aos Mercadores, que quebrarem, como diremos no Livro

---

(1) Vide Ass. de 11 de Janeiro de 1653, de 15 de Dezembro de 1770, de 15 de Fevereiro de 1791. e de 23 de Julho de 1811; e bem assim o Al. de 14 de Março de 1780 que revogou os Decretos de 31 de Maio de 1776, e de 4 de Abril de 1777.

Consulte-se tambem Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, maxime os do segundo, Phœbo—*Aresto* 97, e Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 2 § 6 e t. 5 § 9.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Almeida e Sousa—*Seg. Lin.* to. 1 pag. 173.

(3) Sem vigor em vista da L. de 20 de Junho de 1774 § 19, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 423.

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 423, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 22 § 9, e Almeida e Sousa—*Execuções* pag. 141.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.* e Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*d*) a pag. 421.

quinto, Titulo 66: *Dos Mercadores que quebram.*

M.—liv. 3 t. 89 § 7.
L. de 8 de Março de 1597.

8. E bem assi, não poderão fazer cessão de seus bens, os que se acoutarem nas casas dos Fidalgos, nos lugares onde nós estivermos em pessoa, e na cidade de Lisboa, por não serem demandados por suas dividas, não acodindo ás citações, que lhes por isso forem feitas, segundo mais largamente diremos no quinto Livro, no Titulo 104: *Que os Prelados e Fidalgos, não acolhão malfeitores*, etc. (1).

M.—liv. 3 t. 89 § 8.

9. Nem poderá fazer cessão, o que alheou seus bens depois de ser condenado, em prejuizo do vencedor, como dissemos no Livro terceiro, Titulo 86: *Das execuções, que se fazem geralmente pelas sentenças* (2).

M.—liv. 3 t. 71 § 15.

10. Nem outrosi, poderão fazer cessão nossos devedores, por as dividas que nos deverem, como diremos no Titulo 76: *Dos que podem ser presos por dividas civeis* (3).

M.—liv. 3 t. 86 § 13 e liv. 4 t. 52 § 4.

TITULO LXXV.

Quando valerá a obrigação feita pelo que stá preso.

Sendo algum homem preso sem mandado, nem auctoridade de Justiça, e posto em carcere privado (4), não se poderá obrigar ao que o prendeo, nem ao que o mandou prender, nem á outra pessoa alguma, e se o fizer, não valha, nem tenha effeito (5); e sendo preso por auctoridade de Justiça em Cadêa, ou Castello, se elle quiser fazer obrigação, ou contracto á pessoa por cujo requerimento foi preso, o tal contracto, ou obrigação, não valerá, salvo sendo hi presente o Juiz, que o mandou prender, ou conhecer de seu feito; o qual se informará de sua prisão, e se foi preso justamente, e se com rasão quer fazer o contracto, e conforme a isso lhe dará sua auctoridade, ou não; e dando-lha, valerá o contracto, como se o fizesse solto. E isto não haverá lugar no que fôr preso sobre sua homenagem em sua casa, ou pela Villa, porque poderá contractar, como se fosse solto (1).

M.—liv. 4 t. 49 pr.

1. E em todo o caso, onde o senhor de alguma jurisdição mandar nella prender alguem, não poderá o preso, em quanto o fôr, fazer obrigação, nem contracto que seja em proveito do dito senhor da jurisdição, e fa-

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) a pag. 421, e Almeida e Sousa— *Processo Executivo* pag. 10.

(4) *Carcere privado.*

T. de Freitas na *Consol.* nota ao art. 355 parte segunda diz o seguinte:

« Vide art. 190 do Codigo Criminal. Procede esta nullidade, sempre que qualquer das partes foi coagida a fazer o contracto por meio de *força* ou de *intimidação*. He um vicio de *consentimento*, analogo ao do *erro* e *dólo*. O Cod. do Com. no art. 129 n. 4 só prevenio este ultimo, mas falla do *erro* no art. 220, e de todos estes vicios no Reg. 737 art. 685. Estes vicios dão-se em prejuizo de uma das partes contractantes. Os vicios da *simulação* e *fraude* dão-se em prejuizo de terceiros, como pode-se ver na nota ao art. 358. »

Vide tambem o art. 189 do Codigo Commercial onde estão decretadas as penas aos que usão de carcere privado.

(5) *Não valha, nem tenha effeito.*

T. de Freitas na *Consol.* diz o seguinte no art. 355:

« São *annullaveis* os contractos feitos por pessoa retida em carcere privado, além de incorrer o offensor na pena decretada pelo art. 189 do Cod. Crim. »

E na nota diz:

« Ord. do liv. 4 t. 75. No texto da primeira edição estava *nullos*, e agora digo, são *annullaveis*, porque a nullidade depende de uma acção (Reg n. 737—art. 685).

« Se a acção de nullidade fôr proposta depois da condemnação em Juizo Criminal, está provada a prisão ou carcere privado, e não se pode mais questionar no Juizo Civil sobre a existencia deste facto, e sobre quem seja seu autor (art. 68 da L. de 3 de Dezembro de 1841). »

Rebouças com muito fundamento combate esta opinião da *Consol* nas seguintes *Obs.* que fez ao respectivo art. 355:

« A Ord. liv. 4 tit. 75 diz expressamente:—« não se poderá obrigar ao que o prendeu, nem ao que o mandou prender, nem a outra pessoa alguma; e se o fizer não valha, nem tenha effeito.

« Em seguimento: — « *se elle quizer fazer obrigação* ou contracto á pessoa, por cujo requerimento foi preso, *o tal contracto ou obrigação não valerá*, etc.

« No transumpto, pois, desta lei se deveria usar de suas proprias expressões, ou resumindo-as, na versão dellas dizer cathegoricamente *nullos* os contractos referidos, e não *annullaveis* por depender de acção e sentença a declaração formal de sua *nullidade*: pois que regra geral he que a sentença declaratoria he necessaria ainda quando a lei diz: *por esse mesmo feito* conforme o Ass. de 20 de Julho de 1780.

« O art. 685 do Reg. n. 737—de 25 de Novembro de 1850 trata especialmente dos contractos que para se julgarem nullos dependem de acção rescisoria; e são estes os que propriamente se devem dizer *annullaveis*.

« Os que a lei expressámente ha por *nullos*, como são os de que trata a Ord. do liv. 4 t. 75 nos termos textualmente expostos, dizem-se *nullos* de pleno direito, e não *annullaveis*, como se vê dos arts. 682 § 1 e 684 § 1, mesmo do Reg. de 25 de Novembro de 1850 com referencia aos arts. 129, 288, 468, 656 e 677 do Codigo do Commercio. »

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 643, e to. 3 notas (*a*) e (*c*) a pag. 792, Mello Freire—*Hist.* § 51, e *Inst* liv. 4 t. 1 § 8 nota, Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 1 pag. 272, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 736.

Em nota ao mesmo § 736 diz o seguinte:

« O Cod. Civ Francez art. 1111, e o da Sardenha art 1198, seguindo o Direito Romano, querem que a *violencia* seja causa de nullidade, ainda que seja *empregada por um terceiro*, ao contrario do que dispõe no caso de dólo. Não achamos motivo sufficiente para estabelecer esta differença; e por isso seguimos o Cod. da Austria, que a não faz. »

zendo-o, seja o contracto nenhum, posto que seja feito por auctoridade de Justiça (1).

M.-liv. 4 t. 49 § 1.

2. E todo o preso poderá fazer obrigação, e qualquer contracto com quem lhe aprouver, e valerá como valeria fazendo-o solto, com tanto que o não faça nos casos defesos nesta Ordenação (2).

M.-liv. 4 t. 49 § 2.

TITULO LXXVI.

Dos que podem ser presos por dividas civeis, ou crimes.

Por divida alguma civel privada, descendente de contracto, ou quasi contracto, em que o devedor não tenha commettida malicia, não deve alguem ser preso antes de condenado por sentença diffinitiva, que passe em cousa julgada, posto que não tenha por onde pague, salvo sendo suspeito de fuga, como dissemos no terceiro Livro, Titulo 31: *Quando o Reo he obrigado a satisdar em Juizo* (3). E o Julgador que o contrario fizer, pague dous mil reis, ametade para quem o accusar, e a outra para os Captivos (4).

M.-liv. 4 t. 52 pr.

1. E sendo o devedor condenado por sentença que passe em cousa julgada, faça-se execução em seus bens. E não lhe achando bens que bastem para a condenação, seja preso (5), e reteúdo (1) na Cadea até que pague. Porém, dando lugar aos bens na fórma que por Direito deve, será solto, como se contem no Titulo 74: *Dos que fazem cessão de bens.*

E sendo a divida até vinte mil reis, e o devedor houver seis meses (2) que está preso na Cadea, será solto sem dar fiança. E se dentro em hum anno não pagar, tornará a ser preso. E ganhando no dito anno alguma cousa, poderá o credor fazer nella execução (3).

M.-liv. 4 t. 52 § 1.

2. E se o devedor prometter ao credor pagar-lhe a certo tempo, e não lhe pagando, que seja preso até que pague, se não pagar ao tempo que se obrigou, deve ser preso por mandado de Justiça, sendo para isso requerido, posto que allegue, e mostre que tem bens por onde pague (4).

M.-liv. 4 t. 52 § 2.

3. E concertando-se o crédor, e o devedor (5), que não pagando a divida a tempo

---

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 notas (*b*) e (*c*) a pag. 643, e to. 3 nota (*b*) a pag. 791.

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) a pag. 792.

(3) A primeira edição diz—*Do réo que he obrigado*, etc.

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 118, e nota (*a*) a pag 128, to. 4 nota (*b*) a pag. 209, e nota (*a*) a pag. 210, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 22 § 19, e Almeida e Sousa—*Execuções* pag. 182 e 185.

(5) *Seja preso.*

Esta pena de prisão dos devedores insolvaveis, como bem diz Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 1 nota (*b*) ao art. 1130, *cahio em desuso* depois do Ass. de 18 de Agosto de 1774.

E na verdade nem da L. de 20 de Junho de 1774 § 19 *in fine*, nem da letra do mesmo Ass. se pode deduzir que essa pena fosse abolida, senão para os devedores de boa fé. Mas o desuso fê-la applicar indistinctamente.

Eis as palavras do Ass. que entregamos á apreciação dos leitores:

« Veio em duvida, se o § 19 da Lei de 20 de Junho deste anno, que manda se não prosiga na execução contra os devedores, que *não tiverem bens*, não mostrando o credor, que elles os *possuem ou occultão com dolo ou malicia*, comprehende tambem os devedores actualmente presos por falta de bens ao tempo da publicação desta Lei: e em segundo lugar, se a disposição da dita Lei deve tambem aproveitar áquelles réos, que se achão retidos nas Cadêas, por não terem bens, com que paguem ás partes as quantias pecuniarias, em que forão condemnados, quando tambem se não mostra, que os *occultão com dólo ou malicia.*

« E quanto ao *primeiro ponto* se assentou uniformemente por todos os Ministros abaixo assignados, que a disposição da referida Lei no § 19 he tambem comprehensiva de todos aquelles devedores, que achou presos ao tempo de sua publicação, *quando sem dólo, nem malicia* se reduzirão a estado de não terem com que satisfação aos seus credores, porque a Lei *comprehende* todos aquelles casos, que cabem na sua razão e no seu espirito:

« E sendo a razão e espirito daquella piissima Lei o desterrar de todos os Juizos e Auditorios a barbaridade, com que tratárão aos devedores as primeiras Leis Romanas, de que ainda são reliquias as prisões contra os *devedores de boa fé*, era violentissimo este procedimento; pois não havendo Lei alguma civil, ou criminal, que o decrete *sem culpa*, nenhuma ha nos devedores pobres, que se impossibilitárão de pagar *pelos adversos casos da fortuna.* »

(1) *Reteúdo*, i. e., retido. Expressão antiquada.

(2) *Seis mezes.* A Lei não marcou outros casos em que a prisão podia terminar. E nem Moraes—*de Execut.* liv. 6 cap. 12 n. 58, dá sobre este ponto alguma explicação, além de dizer que esta disposição parece alludir á lei antiga de que lembra a glosa L. 1 *et in* L. *ult.* Cod. *cess. bon.*, segundo a qual depois de quarenta dias de carcere era o devedor posto em liberdade.

Cabedo no *Dec.* 83 n. 7 copia uma Provisão Regia de 3 de Fevereiro de 1522, que mandava pôr em liberdade os presos por dividas que ali jazessem durante um anno, os quaes serião de novo presos, se dentro de dous não pagassem: o dado este caso não sahião mais até pagarem.

Mas por outra Provisão de 26 de Fevereiro de 1593, que o mesmo Cabedo transcreve no *Aresto* 70 da segunda parte, foi aquella Provisão revogada.

(3) Vide Ord. do liv. 3 t. 86 § 30, Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 112, e nota (*a*) a pag. 385, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 5 § 6, t. 22 § 19, e Almeida e Sousa—*Execuções* pag. 187.

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—Rep. *das Ords.* to. 2 nota (*d*) a pag. 122, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 8 § 12 nota, e Almeida e Sousa—*Proc. Execut.* pag. 11, e *Notas á Mello* to. 1 pag. 306.

(5) *E concertando-se o credor e o devedor.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 839, referindo-se ao rateio nas dividas civis, diz o seguinte em nota:

certo, o possa o crédor por sua propria auctoridade prender, tal convença não valha (1), nem possa o crédor por virtude della prender seu devedor, mas requeira a Justiça, a qual vista a convença, o mande prender, posto que allegue, e prove que tem bens por onde pague.

Porém, se o crédor achar seu devedor fugindo, ou querendo fugir por lhe não pagar, e não poder haver copia do Juiz (2) para o mandar prender, elle per si o poderá prender, ou mandar prender, levando-o logo á prisão publica, e requeira ao Juiz que mande pôr nelle boa guarda, contando-lhe a causa porque o prendeo. E se o retiver por mais de vinte quatro horas em outro lugar, sem o levar á prisão do Concelho, incorrerá na pena dos que fazem carcere privado (3).

M.—liv. 4 t. 52 § 3.

4. E quando a divida fôr nossa, ainda que descenda de causa civel, assi como de contracto, ou quasi-contracto poderá o devedor ser preso até que pague da Cadea, e neste caso não será solto, posto que faça cessão dos bens (4). E isto se não entenderá, nos que deverem dizimas das sentenças, porque estes não serão presos por ellas.

M.—liv. 4 t. 52 § 4.

5. E se a divida descender de maleficio, ou quasi-maleficio, em que alguem seja condenado, deve indistinctamente ser preso, até que pague da Cadea (5). Por tanto se fosse alguma cousa posta em guarda, e deposito (1), e o depositario recusasse entrega-la ao senhor sem justa, e legitima rasão, ou usasse della sem vontade expressa do senhor, deve ser preso até que da Cadea entregue a cousa, e pague o dano que nella fez por usar della contra vontade de seu dono.

E não será solto, posto que dê fiadores, nem poderá dar lugar aos bens (2). E sendo delle querelado em fórma devida, haverá a pena de bulrão, e inliçador (3).

M.—liv. 4 t. 52 § 5.

6. Porém, as mulheres não serão presas por dividas cíveis (4), posto que sejão condenadas por sentença, salvo sendo (5) mulheres solteiras publicas, porque estas taes poderáõ ser presas, por dividas civeis, não sendo alugueres de vestidos, e joias, que alugão na cidade de Lisboa, porque pelos ditos alugueres não serão presas (6).

S.—p. 3 t. 4 l. 1, e p. 6 t. 1 l. 9.

TITULO LXXVII.

Dos que podem ser recommendados na Cadea.

Em todo o caso, onde alguem fôr preso

« L. de 20 de Junho de 1774 § 43. No Juizo Civil as sentenças de preceito são excluidas do concurso de preferencia, *porém não do rateio.* No Juizo Commercial nem habilitão para o rateio (art. 633 do Reg. n. 737).

« Tem relação com a materia de pagamentos as *moratorias*, de que tratão as Ords. do liv. 3 t. 37 e 38, e liv. 2 t. 52 § 10; a *cessão de bens* e as *Concordatas* da Ord. do liv. 4 t. 74, e liv. 3 t. 78 § 8, Alv. de 14 de Março de 1780, e Ass. de 15 de Fevereiro de 1791.

« Toda esta legislação *está sem vigor*, e substituida pelo Cod. do Com. na parte das fallencias.

« No Juizo Civil cessárão as *moratorias* com a nova ordem de cousas. A *cessão de bens* era um remedio para evitar a prisão dos devedores, *abolida* pelo § 19 da L. de 20 de Junho de 1774. A *Concordata* era *um effeito* da cessão de bens. »

Vide nota (4) á rubrica, e nota (1) ao princ. da Ord. deste liv. t. 74.

(1) *Tal convença não valha.*

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*d*) a pag. 645, e to. 2 nota (*a*) a pag. 120.

(2) *Haver copia do Juiz*, i. e., requerer-lhe despacho ou providencia; poder requerer-lhe, ter audiencia, etc.

(3) *Carcere privado.*

Vide Ord do liv. 5 t. 95 § 1, e Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Phœbo—p. 1 *ar.* 84, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 331, nota (*a*) a pag. 710, e to. 2 notas (*b*) e (*c*) a pag. 123, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 2 § 23 nota e § 25, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 1 pag. 68.

(4) Esta Ord. tambem foi revogada pela citada Lei de 20 de Julho de 1774 § 19, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno.

Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) a pag. 421, e to. 4 nota (*b*) a pag. 211, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 4 § 11, e Almeida e Sousa—*Proc. Execut.* pag. 10.

(5) Esta disposição se acha consagrada no Codigo Criminal arts 32 e 57, tanto quanto á satisfação, como á respeito das multas.

A lei quanto á primeira até exige do delinquente o pagamento de *juros compostos* (art. 26), e a pena he a prisão com trabalho.

(1) *Deposito.*

Vide notas (1) e (4) á Ord. deste liv. t. 49 § 1, e *Revista Juridica* to. 4 pag. 54.

Corrêa Telles na *Interp.* § 2 diz o seguinte:

« Esta theoria he mais facil de perceber com exemplos. O Depositario v. g. deve entregar o dinheiro que outro lhe deu a guardar, toda a vez e hora que este outro lh'o peça, *sob pena de prisão* (Ord. do liv. 4 t. 79 § 5). Porém se o deponente *endoudeceu*, e em tal estado pede o seu dinheiro, será injusto que o Depositario lh'o entregue, porque uma outra Lei prohibe entregar a um desassisado as suas cousas, por isso que as póde descaminhar ou destruir (Ord. do liv. 4 t. 103). Assim por esta segunda lei deve interpretar-se, e limitar-se o sentido da primeira. »

(2) *Dar lugar aos bens*, i. e., fazer cessão delles em Juizo aos credores.

(3) *Bulrão e inliçador.* He hoje chamado estellionatario, cujas penas estão decretadas no art. 264 do Codigo Criminal.

Vide Const. art. 179 § 10 *in fine*, e Ords. deste liv. t. 78 § 1 e t. 102 § 9, Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 422, e nota (*c*) a pag. 423, to. 4 nota (*b*) a pag. 211 e nota (*a*) a pag. 213, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 3 § 8 e t. 22 § 18, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 34 e 389, *Proc. Execut.* pag. 120, *Seg. Lin.* to. 2 pag. 344, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 506.

(4) O Ass. de 29 de Julho de 1769 declarou, que as mulheres autoras, que não dão fiança ás custas, sendo para isso requeridas, ficão como os mais vassallos, obrigadas ao seu pagamento da cadêa.

Esta doutrina tambem se acha consagrada no art. 10 da *Disposição Provisoria.*

(5) O versic. *salvo sendo*, diz Monsenhor Gordo, he muito verosimil que fosse derivado da lei 62 *do Tóro*, onde se acha esta mesma Legislação. »

(6) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*c*) a pag. 116, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 13 § 13, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 665.

justamente (1), quer por causa civel, quer crime, poderá ser recommendado na Cadea, por qualquer divida, posto que descenda de feito civel (2), com tanto que o crédor mostre logo a divida por scriptura publica, quando a quantia fôr tal, em que se requeira a scriptura.

E não chegando a dita quantia, deve fazer certo da divida por testemunhas, até dous dias peremptoriamente. E não mostrando a divida por scriptura, ou testemunhas, não deve o preso ser reteúdo (3) na Cadea pelo dito embargo. Nem poderá outrosi, ser reteúdo por pena de sangue, ou de arrancamento (4).

M.—liv. 4 t. 52 § 6.
S.—p. 4 t. 21 l. 4.

1. E em todo o caso, que o devedor possa ser recommendado na Cadea, pondo em Juizo penhores bastantes á divida (5), porque fôr recommendado, ou dando lugar aos bens, nos casos em que póde fazer cessão, deve logo ser solto, se por al (6) não fôr preso (7).

M.—liv. 4 t. 52 § 6.

TITULO LXXVIII.

Das compensações (8).

Compensação quer dizer desconto de huma divida a outra; e foi introduzida com rasão e equidade, porque mais rasão he, não pagar algum o que deve, se lhe outro tanto he devido, que paga-lo, e depois repeti-lo, como cousa, que não era devida.

E a compensação ha lugar assi na acção real, como na pessoal, com tanto que se allegue (1) de quantidade a quantidade (2).

E quantidade quer dizer, cousa que consiste em conto (3), assi como he o dinheiro, ou em peso, assi como cera, ou em medida, assi como azeite, e outros semelhantes (4).

E por tanto, se hum homem he obrigado e devedor a outro em certa quantidade de dinheiro, cera, azeite, ou de outras semelhantes cousas, o qual lhe he devedor em outro tanto, mais, ou menos, desconte-se huma divida pela outra, em quanto ambas concorrerem, e em a maioria fique salva a divida á aquelle, a que mais fôr devido (5).

M.—liv. 4 t. 56 pr.

1. E se algum demandar certa quantidade, que tenha dada em guarda, e deposito, e o outro disser, que o outro lhe deve outra tanta por outro algum titulo, que não fôr semelhante, não haverá lugar a compensação (6); mas elle será obrigado a lhe entregar

---

(1) Vide Ord. do liv. 3 t. 31 § 1, 2 e 5, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 716, e nota do Dez. Oliveira, onde se declara que esta disposição, emquanto requer que a *prisão seja* justa, falla só no embargo de divida civil.

Consulte-se tambem Reynoso—*Obs.* 57 n. 24 e Moraes —*de Execut.* liv 1 cap. 4 § 2 n. 39.

(2) Revogada pela L. de 20 de Junho de 1774 § 19, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno.

(3) *Reteúdo*, i. e., retido.

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) a pag. 220, e nota do Dez. João Alvares da Costa, e Almeida e Sousa—*Dir. Emph.* to. 3 pag. 141.

(5) Vide nota (2) á precedente Ord.

(6) *Al*, subst. masculino antiquado, equivale—a outra cousa, e cousa diversa. Usa-se muito nas sentenças.

(7) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 124, e to. 4 nota (*b*) a pag. 225.

(8) Vide sobre esta materia as Ords. do liv. 3 t. 86 § 5, e t. 87 § 1, Barbosa no *com.*, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 de n. 1164 a 1186, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* de § 164 a 167; Ferreira Borges—*Dicc. Jur. Com.* art. *Compensação*, Pothier—*Obrigações* (traducção de Corrêa Telles) p. 3 cap. 4 de § 587 a 604, Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* pr edição § 551, e seg. de § 735 a 739, e T. de Freitas—*Consol.* do art. 840 a 852.

(1) *Comtanto que se allegue.*

Destas palavras, diz T. de Freitas—*Consol.* art. 841 nota, tem-se inferido que a compensação não se induz *ipso jure*. Ora, sem que a parte opponha compensação, o Juiz certamente não pode adivinhar qual seja o seu credito, mas quando se diz que a compensação opéra os seus effeitos *ipso jure*, he no sentido de que ella obra *retroactivamente*, e de tal sorte que se reputa ter ficado extincta a divida desde o momento em que a outra divida começou a existir.

« A parte pois allega que a compensação se fez, e o Juiz, devidamente instruido, assim o declara. As consequencias desta doutrina são importantes, porque desde o momento da compensação as cauções e hypothecas tambem se extinguem, *e os juros cessão de correr*.

« A compensação he *legal* ou *voluntaria*. O que fica dito sobre o effeito *retroactivo* da compensação allegada refere-se á compensação *legal*. »

(2) *De quantidade a quantidade.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 841 nota diz o seguinte:

« A fonte desta disposição he a L. ult. Cod. *de compensat.* Como nas *acções reaes* pede-se cousa certa em especie, e não algum pagamento de quantidade, a compensação he impossivel nos termos do § 7 desta Ord. (art. 844). Mas pode-se dar o caso do § 8 (art. 847), que he o da *acção subsidiaria da reivindicação* por não ser possivel a entrega da cousa, ou o da alienação da cousa depois da acção (Ord. do liv. 3 t. 86 § 16, e arts. 924, 925 e 927 *infra*); e então a compensação não tem lugar. Tambem com o restituição da cousa demanda-se *rendimentos* e a indemnisação de perdas e damnos (art. 931 *infra*).

Moraes Carvalho na *Praxe Forense* nota 191 diz:

« As grandes differenças entre reconvenção e compensação se podem vêr em Almeida e Sousa—*Seg. Lin.* to. 1 nota 316 § 3; mas a materia da compensação pode deduzir-se por reconvenção, *e he isto mais util* § 4.

Vide o mesmo autor na nota 162.

(3) *Conto*, i. e., conta.

(4) Cousas fungiveis.

Vide Ord. deste liv. t. 50 pr. e t. 53 § 1.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, maxime os do segundo, Pereira de Castro—*Dec.* 13, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 notas (*a*) e (*b*) a pag. 537, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t 5 § 5, e Almeida e Sousa—*Pensões Ecc.* pag. 185.

(6) Vide Cod. Com. art. 440, e D. n. 737—de 25 de Novembro de 1850 art. 278.

O depositario que não entrega o deposito na conformidade das Ords. deste liv. t. 49 § 1 e t. 76 § 5, deve ser preso. E nenhum direito tem para reter o objecto depositado pelas despezas que com o mesmo fez. Segundo o Al. de 5 de Março de 1825 a Ord. deste liv.

tudo aquillo, que lhe deu em guarda, e ficar-lhe-ha salvo todo o seu direito, acerca do que lhe elle dever de qualquer outra obrigação. Porque o contracto da guarda e deposito he de tal natureza, que não admitte compensação alguma de caso, que não seja privilegiado como elle (1).

M.—liv. 4 t. 56 § 1.

2. Em todo caso de força, roubo, furto, ou qualquer outro semelhante, porque alguma quantidade alhea fosse a poder de algum per alguma arte de engano, não haverá lugar a compensação. E se o dono demandar essa quantidade, não se lhe poderá oppôr compensação de qualquer outra, em que elle seja obrigado por qualquer titulo, salvo, se elle fôr obrigado por semelhante modo de força, roubo, ou furto, porque então se fará compensação de huma quantidade a outra em quanto ambas concorrerem (2).

M.—liv. 4 t. 56 § 2.

3. Nem haverá lugar, quando a alguma pessoa forem devidos alimentos, posto que consistão em quantidade, quer por contracto, quer por testamento, ou por outro qualquer modo, porque a divida dos alimentos he tão favoravel, que não soffre ser-lhe opposta compensação do outra divida, ainda que seja de quantidade (3).

M.—liv. 4 t. 56 § 3.

4. Outrosi, não haverá lugar quando a divida de que se faz compensação he incerta, e a divida principalmente demandada he liquida, certa, e clara (4), por confissão da parte, ou por outra alguma prova a ella dada (1). Porque neste caso não se deve fazer compensação da divida da quantidade incerta, e não liquida, á que he certa: salvo, se o que allegar a compensação, se obrigar prova-la até nove dias peremptoriamente (2).

---

t. 54 § 1 só se entende no emprestimo, aluguel, e arrendamento: o depositario para haver o seu premio e despezas, deve propôr acção competente contra o depositante, e cobra-las da importancia da arrematação dos objectos depositados.

Corrêa Telles na *Doutr. das* Acç. § 328 nota (1) diz o seguinte:

« L. 5 pr., L. 12, L. 23 ff. *hoc tit.* Mas em lugar desta acção (*de deposito*) he melhor remedio reter o deposito até ser pago da despeza (Vinnio—*Sel.* liv. 1 cap. 51). Os que seguem o contrario, fundados na L. 11 Cod. *hoc. tit.* não advertem que esta lei se deve entender da retenção por divida diversa (Boehemero—*De act.* sect. 2 cap. 8 § 29).

Consulte-se tambem as notas dos §§ 329 e 330.

Vide nota (3) á Ord. deste liv. t. 54 § 1, e Phœbo—*Dec.* 89 de n. 1 a 4.

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 538, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 391.

(2) Vide § 6 deste titulo, Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 539.

Neste caso segue-se a regra de Direito—*Spoliatus ante omnia restituendus.*

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 539, e Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 22 nota e § 23.

(4) *Liquida, certa e clara.*

Corrêa Telles na *Interp.* § 85 diz o seguinte:

« Não se admitte compensação de quantia illiquida (Ord. do liv. 4 t. 78 § 4). Porém a disposição desta Lei deve entender-se pela do D. de 2 de Julho de 1801, do qual a letra he esta:

« Hei por bem mandar declarar, que tratando-se de Liquidações, que tem a mesma natureza, e entre os mesmos litigantes, uma não deve ter effeito sem que acabe a outra, para cada um receber o excesso, que possa ter compensado a credito e debito; e que quando se julgue, que he absolutamente necessario que cada um cobre como liquidar, nesse caso não poderá nunca tocar a mesma quantia sem dar fiadores idoneos, que a hajão de restituir á outra parte, se ella obtiver na outra liquidação direito á mesma, ou superior indemnisação. »

T. de Freitas na *Consol.* art. 848 nota (2) diz o seguinte, reproduzindo esta disposição:

« Cod. do Com. art. 439, *ut appareret, an et quantum debeatur.* O D. de 2 de Julho de 1801 (achado entre os papeis de Mello Freire) não altera o indestructivel principio do art. Elle não manda compensar dividas *illiquidas*, porque seria isto impossivel; mas que uma das liquidações espere pela outra. »

« Hoje não he possivel sustar as causas pendentes (Const. art. 179 § 12), os Juizes são independentes entre si, cada um dos processos segue livremente sua marcha. O mesmo Decreto reconhece a impossibilidade da paralysação das causas, e manda prestar fiança. Esta providencia porém só pode ter lugar nos termos da Ord. do liv. 3 t. 31. »

No Juizo da execução tambem se não admitte compensação illiquida (Vide Ord. do liv. 3 t. 87 § 1, Lima—*com.* a esta Ord. n. 4. Moraes—*de Execut.* liv. 6 cap. 9 n. 28, e Corrêa Telles—*Doutr. das Acç.* § 321 nota 5).

A compensação de divida liquida he conforme á Justiça natural (L. de 25 de Março de 1821 mandada observar pela L. de 20 de Outubro de 1823 art. 2).

(1) *Per outra alguma prova a ella dada.*

Vide nota *infra*.

(2) *Até nove dias peremptoriamente.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 849 nota (3) exprime-se por esta fórma:

« Actualmente he letra morta esta Ord., e mesmo na parte em que diz que a divida he liquida—*por outra alguma prova á ella dada.* A divida contestada não he liquida, e só a sentença dirime a contestação. As compensações por isso não se allegão por *excepções* nas acções, mas nas execuções das sentenças por embargos (art. 577 § 5 do Reg. Com. n. 737).

« Não ha dilações de nove dias, só se compensa a divida *certa, liquida e exigivel*, i. e., verificada por outra sentença em quantia determinada; e só assim ella póde entrar em competencia com a sentença que se executa (Vide Silva—*com.* á esta Ord. n. 4 e 5).

« Já se vê que o liquido exigido nas compensações não se deve confundir com o liquido exigido nas acções decendiaes (art. 248 do Reg. Com. n. 737). O liquido nessas acções só versa—*circa rem debitam, aut personam obligatam, vel circa casum obligationis.* De outra forma taes acções serião impossiveis (Vide Lobão—*Acç. Sum.* § 613).

« Não he exacto dizer (Rebouças—*Obs.* á esta nota) que se as compensações não se allegão por excepção nas acções, quando propostas as acções, compete amplamente allega-las conforme o § 15 da Ord. do liv. 3 t. 20 e t. 50 pr., e então bem se podem provar *nos nove dias* mencionados no § 4 da Ord. liv. 4 t. 78, pois que para as excepções peremptorias são desde logo assignados dez dias, sendo comprehendidas essas excepções na contestação da acção conforme o art. 75 do Reg. de 25 de Novembro de 1859. »

Continuando diz ainda T. de Freitas, combattendo estas considerações de Rebouças:

« Nada mais fiz do que referir a Praxe actual, que tem posto em *desuso* a Ord. do liv. 4 t. 78 § 4 na parte em que faculta provar e liquidar as dividas nas dilações de *nove dias.* Eis porque a compensação allega-se hoje por embargos nas Execuções, e não por excepção nas acções.

E em outra maneira não lhe será recebida a tal compensação (1).

M.—liv. 4 t. 56 § 4.

5 E bem assi, quando alguma divida de quantidade fôr devida a Nós, ou á alguma Cidade, ou Villa, não haverá lugar a compensação (2), salvo nos casos, que se acharem per Direito, que se póde pôr compensação á divida, que lhe devida á alguma Cidade, ou Villa (1).

M.—liv. 4 t. 56 § 5.

6 E se em cada hum dos ditos casos speciaes, em que se não recebe compensação, fôr opposta compensação de algum outro caso special, far-se-ha de hum caso a outro, assi como se fosse demandada quantidade posta em guarda e deposito, que he caso privilegiado, e fosse allegada compensação de outra quantidade roubada, ou forçada (2); porque então deve-se fazer compensação de huma a outra. E o mesmo será em outros semelhantes casos privilegiados (3).

M.—liv. 4 t. 56 § 6.

7 Postoque a compensação haja sómente lugar de quantidade a quantidade, e não de huma specie (4) a outra (a qual specie he a cousa, que se não costuma dar per conta, peso e medida, como he hum cavallo, hum scravo, hum livro, e outras cousas semelhantes), se hum homem devesse geralmente á outro hum scravo, ou hum cavallo, não declarando mais hum que outro, em o qual caso seria obrigado pagar-lhe hum

---

« Esta Praxe até suppõe erroneamente que toda a compensação he ordenada pelos Juizes em suas sentenças.

« Em verdade assim he no caso do nosso art. 849, em que as dividas são incertas e illiquidas, e o Juiz as julgar provadas e liquidadas; porém não he assim no caso de *compensação legal*, compensação que se opéra independentemente da vontade das partes pelo simples facto da co-existencia de duas dividas certas, liquidas e exigiveis.

« Neste outro caso o Juiz apenas julga, ou antes declara que houve uma compensação, como nos casos em que declara que a divida já está paga; e então a compensação póde e deve ser allegada por excepção. »

Convém ler as mesmas *Obs.* de Rebouças na parte não contemplada nesta nota.

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, maxime as do segundo, que são importantes, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*d*) á pag. 539, Moraes—*de Execut.* liv. 6 cap. 9n. 28 versic. *Nec judicat*, Mello Freire —*Inst.* liv. 4 t. 5 § 5, e t. 22 § 15, e Almeida Souza— *Execuç.* pag. 229.

(2) *Não haverá lugar a compensação.*

Esta disposição foi revogada pela L. de 25 de Março de 1821, mandada observar pela L. sexta de 20 de Outubro de 1823, cuja integra aqui contemplamos:

« 1.º Aos credores originarios do Thesouro Nacional e aos seus herdeiros (quanto a dividas da herança) se admittiráõ encontros ou compensações a respeito de todos seus debitos. Não se admittiráõ encontros de dividas por creditos contra o Thesouro havidos por traspasses ou cessões, salvo se forem de credores ao mesmo Thesouro por titulo de depositos que nelle tenhão entrado, e em pagamento de dividas ao Thesouro, vencidas até ao ultimo de Dezembro de 1820.

« 2.º Quando em alguma execução fiscal se adjudicarem á Fazenda publica os bens de qualquer devedor, por não haver arrematante, se procederá logo á segunda arrematação dos ditos bens, recebendo-se o pagamento em papel moeda, ou em quaesquer outros titulos de credito, liquidados pelo seu valor correspondente ao mesmo papel moeda no tempo da referida arrematação.

« 3.º Os encontros, de que trata o artigo primeiro, nunca se entenderáõ a favor de Recebedores ou Contractadores fiscaes, quanto a dividas procedidas de seus recebimentos, ou de seus contractos presentes e futuros. »

T. de Freitas na *Consol.* art. 830 § 4 nota (4) diz o seguinte:

« Se a generalidade da Ord. foi restringida quanto ás dividas fiscaes, não póde hoje ser invocada em favor das dividas das Camaras Municipaes, que a Ord. equiparou áquellas.

« Observe-se entretanto o que dizem as Instrucções de 31 de Janeiro de 1851, autorisadas pelo art. 26 § 3 do D. n. 736—de 20 de Novembro de 1850.

« Nas execuções fiscaes (art. 31 das Instrucções) não se admittem liquidações, ou compensações, e encontros feitos *judicialmente*; pois que, quando os executados entenderem ter direito á nova liquidação da divida porque se lhes move execução, ou á ser-lhes abonada qualquer quantia de que se digão credores á Fazenda Nacional, deverão requerer ao Thesouro, ou ás Thesourarias respectivas, e apresentar em Juizo as decisões que lhes forem favoraveis, com a reforma das contas ajuizadas.

« Salvas as excepções dos arts. 1 e 3 da Lei de 25 de Março de 1821 (Rebouças—*Obs.* a esta nota), todas as compensações dos credores do Thesouro se devem admittir, quando forem demandados ou executados pelo mesmo Thesouro. As Instrucções de 31 de Janeiro de 1851 não podem obstar a execução da lei vigente, sendo notoriamente injusto que o credor do Thesouro soffra execução fiscal judicialmente, e só *administrativamente* possa ser attendido. »

A esta objecção responde T. de Freitas desta forma.

« Não se pode dizer que as citadas Instrucções são contrarias á lei vigente, uma vez que forão autorisadas pelo art. 26 § 3 do D. de 20 de Novembro de 1850. Os encontros autorisados pelo D. de 25 de Março de 1821 (palavras do *Manual do Procurador dos Feitos*, nota 233) não se entendem perante os Juizes, e *sim perante a administração.* »

O Av. de 19 de Abril de 1843 declarou, que a compensação com as dividas do Thesouro não tem lugar não sendo liquida a que se attribue á Fazenda.

O Av. de 13 de Setembro de 1848 declarou que as Apolices da Divida Publica não são sujeitas á compensação.

A Res. de 11 de Dezembro de 1822 declarou, que a compensação só tinha lugar com as dividas directas, e não as indirectas por traspasses ou cessões.

Consulte-se tambem a Port. de 1 de Setembro de 1810, e de 12 de Novembro de 1811 em Borges Carneiro (*Extracto segundo*).

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 540, Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 22 § 19, e Almeida e Sousa —*Interdictos* pag. 74, e *Execuções* § 243 nota.

(2) Vide Ord. deste liv. § 2.

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 540, e Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 1 § 8.

(4) *Specie.* Pela regra de Direito—*aliud pro alio invito debitore solvi non potest.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 845 nota (3) diz o seguinte:

« A distincção do *genus* e *species* he muito importante. O *genero* se determina pela quantidade uma vez que seja da mesma qualidade—*in eadem qualitate et quantitate.*

« O *genero* nunca perece (Ord. do liv. 4 t. 55 pr. e nota ao art. 480). A *especie* (como a Ord. bem o explica no seu parenthesis) he um individuo, um corpo certo. Da mesma expressão se servio a Ord. do liv. 4 t. 53 § 1 para caracterisar o *commodato* (vide o art. 478).

scravo, ou hum cavallo communal, que não fosse muito vil, nem avantajado (1), ou sua verdadeira estimação, concertando-se as partes de se pagar a dita estimação, ou sendo assi julgado per sentença, bem se poderá a ella oppôr, e fazer compensação de outra quantidade, sem embargo que pareça ser principalmente devida a dita specie (2); por quanto sendo a estimação della escolhida pelas partes, ou feita condenação della, já a specie he convertida em quantidade (3).

M.—liv. 4 t. 56 § 7.

8 E assi se fará, quando certa specie fosse devida de huma parte á outra, assi como hum scravo certo e nomeado, cavallo, ou livro, e a dita certa specie não podesse ser havida, pelo que he devida a verdadeira estimação della. E feita a estimação, licitamente se poderá a ella oppôr e fazer compensação de outra tanta quantidade, ou maior, ou mais pequena, em quanto huma concorrer com a outra (4).

M.—liv. 4 t. 56 § 8.

TITULO LXXIX.

Das prescripções (5).

Se alguma pessoa fôr obrigada á outra em alguma certa cousa, ou quantidade, por razão de algum contracto, ou quasi-contracto, poderá ser demandado até trinta annos (1), contados do dia, que essa cousa,

---

(1) Pothier nas *Obrig.* § 284 diz que quando se tem de dar uma cousa indeterminada, como nos exemplos desta Ord., paga-se dando a cousa sem defeito notavel.

(2) Pela regra de Direito—*in genere suo magis recipiunt functionem per solutionem, quam specie*, citada por T. de Freitas em nota ao art. 846 da *Consol.*

(3) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) a pag. 540, Pereira de Castro—*Dec.* 13, e Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 5 § 5.

(4) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*

(5) *Prescripção*, segundo Coelho da Rocha *Dir. Civ.* § 454, he a perda de um direito, por se não ter delle usado em certo espaço de tempo, fixado nas leis.

Esta definição mais laconica he preferivel á de Lima que no *com.* assim s'expressa:

« Præscriptio est quodam jus ex tempo congruens, auctoritate legem rem capiens, id est, firmitatem, pœnam negligentibus et finem litibus imponens. »

Porém, diz o mesmo Coelho da Rocha, umas vezes o direito prescripto passa para outrem, em virtude da posse, em que este se acha, do objecto desse direito; e então chama-se prescripção *adquisitiva*, a que os Romanos chamavão *usucapio*: outras vezes o direito, e *portanto a acção que delle resulta*, extingue-se; e então essa prescripção chama-se *extinctiva*.

A primeira he um modo de adquirir a propriedade, e o seu fundamento he a *posse*. A segunda, sendo um meio de extinguir as obrigações, o seu fundamento he a *negligencia do credor*.

A prescripção *adquisitiva* foi adoptada para obviar o inconveniente de ser sempre incerto o direito de propriedade (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. art. 1281).

A *extinctiva* foi introduzida por se presumir paga ou perdoada a divida, que por determinado espaço não foi pedida, e para que as demandas tivessem termo (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 art. 1280).

Consulte-se sobre esta matéria, além de Barbosa no *com.* respectivo, Cardoso—*in Praxi* vb. *Præscriptio*, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 de art. 1279 a 1380, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* de § 454 a 465, Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 2 tit. 4 de pag. 109 a 159, Ferreira Borges—*Dicc. Jur. Com.* art. *Prescripção*, Pothier—*Obrigações* (traducção de Corrêa Telles) do art. 640 a 689, Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* 1 edição § 556, e 2 edição liv. 2 tit. 18 de § 608 a 621, e T. de Freitas—*Consol.* do art. 853 a 883.

(1) *Até trinta annos.*

Refere-se aqui o Legislador ás acções *pessoaes*, que se devem intentar contra a pessoa obrigada ou seus herdeiros, dentro de trinta annos. Pelo que respeita ás acções *reaes*, i. e., contra o possuidor da cousa, a prescripção he mais favoravel, porque produz effeito dentro do espaço de *dez annos* entre presentes, e de *vinte annos* entre absentes.

Mas nestas acções existem as seguintes excepções:

1.ª A acção hypothecaria, que prescreve nos varios tempos marcados na Ord. deste liv. t. 3 § 1.

2.ª A de petição de herança, que dura 30 annos (L. 7 Cod. *de heredit. pet.*).

3.ª A querela de testamento inofficioso, cuja duração não excede de *cinco annos* (L. 34 Dig. de *inoff. testam.*).

Corrêa Telles na *Dout. das Acç.* § 7 nota (2) diz o seguinte sobre a prescripção das acções *pessoaes*:

« Costuma dizer-se que as acções *pessoaes* seguem a pessoa obrigada, como a lepra segue o leproso. Que prescrevem por 30 annos dizem a L. 3 Cod. *præscript.* 30 *vel* 40 *an.*, e a Ord. liv. 4 t. 79 pr. Exceptuão-se: a acção de *servidão promettida*, que prescreve por 10 e 20 annos (L. 13 Cod. *de servit.* L. pen. Cod. *usuf.*: a de *lesão enorme*, que entre nós prescreve por 15 annos (Ord. do liv. 4 t. 13 § 5): e as acções *das Igrejas, Mosteiros* e do *Fisco*, que durão quarenta annos (L. 24 Cod. *Sacr. Eccles.* L. 4 Cod. *de præscript.* 30 *vel* 40 *an.*). »

Pelo que respeita a acção de *lesão*, eis o que diz T. de Freitas em nota ao art. 859 da *Consol.*:

« Como a acção de *lesão enormissima* he real, segundo o § 10 da Ord. (liv. 4 t. 13) dá á a entender, parece que não se lhe deve applicar está prescripção de 15 annos.

« Seja ou não *real* a acção da Ord. liv. 4 t. 13 (Rebouças—*Obs.* a esta nota) não *pode ser admittida* a opinião do autor de se lhe dever applicar, em vez de sua especial prescripção de 15 annos, *a geral* das acções reaes. »

« Pela leitura do § 5 da citada Ord., diz T. de Freitas, não sei como se possa negar que na prescripção de 15 annos o legislador só teve em vista a acção pessoal entre as partes contractantes e seus herdeiros. Attenda-se ás palavras desta Ord. (§ 5 do tit. 13).—*contados do tempo que os contractos forem feitos, até que os enganados citem aquelles com quem os fizerão, ou seus herdeiros, para desfazerem os ditos contractos.*

« Certamente o terceiro possuidor dos bens alienados com *lesão enormissima* pode invocar a prescripção de 15 annos da acção pessoal do vendedor contra o comprador, ainda que elle não tenha possuido por mais de dez annos. Pode porém acontecer que elle já tenha possuido por mais de dez annos *entre presentes* (tempo da prescripção da acção real, segundo o 1322 *infra*), entretanto que o alienante lesado o demanda dentro dos quinze annos da Ord. do liv. 4 t. 13 § 5.

« Eis uma luta entre o tempo desta prescripção e o da acção real, com que a lei tem protegido os possuidores de boa fé e com justo titulo.

« Não se póde applicar á terceiros, para quem a prescripção corre da sua posse em diante, uma prescripção só estabelecida para as partes contractantes, e que corre da data de seus contractos. »

Quanto a prescripção das dividas activas e passivas do Fisco, acha-se hoje providenciado pelo D. n. 857—de 12 de Novembro de 1851 que se lerá nos *additamentos* á este liv.

As primeiras prescrevem no espaço de quarenta annos; as segundas no de cinco.

Cumpre porém notar qqe pelo Av. n. 338—de 30 de Agosto de 1866 a prescripção de 5 annos não he applicavel á divida de que a Fazenda Provincial he credora, por que, além de outra consideração, ella goza dos privilegios—da Fazenda Geral.

ou quantidade haja de ser paga, em em diante (1).

E passados os ditos trinta annos (2), não poderá ser mais demandado por essa cousa, ou quantidade; por quanto por a negligencia, que a parte teve (3), de não demandar em tanto tempo sua cousa, ou divida, havemos por bem, que seja prescripta a aução, que tinha para demandar. Porém esta Lei não haverá lugar nos devedores, que tiverem má fé (4); porque estes taes não poderão prescrever per tempo algum, por se não (1) dar oc-

---

(1) *Contados do dia, que essa cousa, ou quantidade*, etc.
Este espaço ou lapso da prescripção he continuo: conta-se de momento á momento, e não póde ser *interrompido*, sem perda do direito.

« A prescripção. diz T. de Freitas, deve ser allegada pelo devedor, não póde ser supprida pelo Juiz.

« Ha uma obrigação natural de pagar as dividas prescriptas, e o devedor póde querer desonerar-se dessa obrigação. Se porém confessa a divida de *má fé*, ou de *ma fé* não allega a prescripção, para ser condemnado á pagar de combinação com o credor, e vir este depois disputar preferencia na execução de outro credor; póde esse outro credor oppôr a fraude, póde allegar que a divida está prescripta. »

O Av. n. 282—de 30 de Dezembro de 1852 declarou, que as prescripções em materia commercial não podem ser reguladas pela Legislação Civil, salvo nos casos omissos.

(2) A L. n. 628—de 17 de Setembro de 1851 no art. 32 declarou, que os dinheiros dos Ausentes, cujo pagamento não fosse reclamado no espaço de 30 annos, contados do dia em que entrassem nos cofres do Thesouro, ou das Thesourarias, prescrevião em beneficio do Estado, salvo interrupção da prescripção.

No mesmo art. 32 supracitado foi decretado que os mesmos dinheiros recolhidos aos referidos cofres por mais de 30 annos na epocha da promulgação da mesma Lei, tinhão mais trez annos á contar do 1º de Janeiro de 1852 para serem reclamadós pelos interessados.

O Av. n. 399—de 27 de Dezembro de 1855 declarou que a interrupção dessa prescripção se fazia por qualquer meio legitimo, como era a propositura da habilitação de herdeiros.

Esta prescripção, como se vê he a *extinctiva*, e ha differentes casos em nossa Legislação, em que o praso he mui reduzido, como os das Ords. do liv. 3 t. 86 § 4, liv. 4 t. 17 §§ 7 e 8, t. 32 pr. e § 1, etc.

Os salarios dos Advogados, Procuradores e Escrivães prescrevem por *trez mezes* desde a sentença final (Ord. do liv. 1 t. 78 § 18, t. 84 § 30, e t. 92 § 18).

« Correndo esta prescripção do dia em que se proferio a sentença definitiva, diz T. de Freitas *Consol.* art. 868 nota (7), segue-se que o legislador só refere-se á *serviços em processos de acções* propriamente *ditas*, ou que hajão sentenças definitivas. Não se refere á outros serviços de Advogados, Procuradores e Escrivães, nem ao tempo em que taes serviços acabão. »

A mesma prescripção, por identidade de razão, he applicavel aos Officiaes de Justiça (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 n. 1322).

Consulte-se sobre outros casos Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 465 e nota, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 de n. 1323 em diante.

(3) *Por a negligencia, que a parte teve.*
He a razão da prescripção *extinctiva*, e pena imposta ao credor que não cuidou do seu direito.

(4) *Má fé.*
Esta Ord. está de accordo com as deste liv. t. 3 § 1, t. 13 § 5, e t. 32.

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 459 diz o seguinte:

« Para aproveitar a prescripção he necessaria a *bôa fé* do prescribente.

« Esta na *adquisitiva*, consiste na persuasão, em que está o possuidor, de que a cousa possuida lhe pertence de propriedade. E na *extinctiva*, na persuasão em que está o devedor, *de que não deve*. Exige-se esta:

1.º Não só no principio do espaço da prescripção, mas por todo o decurso della (Ord. do liv. 4 t. 3 § 1, e t. 79 pr., e cap. fin. X de *præscript.*).

2.º Se nesse espaço forão differentes os possuidores, ou devedores, conta-se a posse de uns e outros, porém em todos he *necessaria* a bôa fé: e por tanto se o actual he de *má fé*, de nada lhe aproveita a *bôa* do ante possuidor; e *vice-versa*, tendo a do ante possuidor sido *má*, só se attende a *bôa* do actual (L. 4 Dig. de *usucap.*, e Lobão—*Fascic.* to. 1 *Diss.* 4 § 69).

« *A bôa fé presume-se*; á parte incumbe a prova em contrario » Mas isto se entende na prescripção adquisitiva.

Continuando no scholio diz:

« Por Direito Romano L. 48 § 1 Dig. *de adq. rer. dom.* bastava a *bôa fé* no principio da prescripção: ainda que pelo decurso o possuidor viesse no conhecimento que ella lhe não pertencia, sempre o espaço da prescripção continuava. O mesmo foi adoptado no Cod. Civ. Francez art. 2269. Porém a nossa Ord. seguio a disposição do Direito Canonico no cap. fin. X *de præscript.* »

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á 404, e to. 4 nota (*a*) á pag. 232, e sobretudo Almeida e Souza—*Fascic.* to. 1 *Dissertação 4 sobre a bôa e má fé nas prescripções*, trabalho importantissimo sobre esta materia. Eis o que o mesmo Jurista diz nos §§ 2 e 3:

« Este systema do Direito Romano abraçou a nossa primitiva Legislação no Codigo Affonsino liv. 4 t. 48, e na Ord. Manuelina liv. 4 t. 33 e t. 80: mas uma Carta de El-Rey D. João III, datada de 4 de Fevereiro de 1534, *apud* Leão—*Collecção de Leis Extravagantes* p. 6 t. 1 l. 1 revogou esta Legislação, quanto ao tempo, e quanto á *bôa fé*.

« Esta a razão por que na Ord. Philippina liv. 4 t. 3 § 1 accrescentarão estas palavras (que não continha a Manuelina liv. 4 t. 33) *salvo se constar da má fé dos sobreditos, por que então em nenhum tempo poderão prescrever.* E na mesma compilação Philippina liv. 4 tit. 79 no principio, se addimentarão estas outras palavras (remissas na Manoelina liv. 4 t. 80) ibi: *Porém esta lei não haveria lugar nos devedores*, que tiverem má fé, *por que estes taes não poderão prescrever por tempo algum*; por se não dar occasião de peccar, *tendo o alheio indevidamente*: assim o adverte Barbosa (*Pedro*) na L. 3 Cod. *de præscript.* in 90. »

Consulte-se tambem a nota a este § 3.

(1) *Dar occasião de peccar.*
Este versiculo tem dado lugar a duvidas depois da L. de 18 de Agosto de 1769 no art. 12.

Almeida e Souza na *Diss.* 4 do *Fasciculo* to. 1 § 3 exprime-se por esta fórma:

« Porém o certo he, que quando no liv. 4 tits. 33 e 80 (*da Manoelina*) tratou especialmente das prescripções, seguio o Direito Civil (*Romano*), e só a lei do Sr. D. João III occasionou os additamentos na Philippina liv. 4 t. 3 § 1 e t. 79 pr.

« Tambem parece que a L. de 18 de Agosto de 1769 ne § 12, em quanto declarando a Ord. do liv. 3 t. 64 nas palavras—*seja julgado na materia, que traga peccado por os sagrados* Canones, reduzio a materia de que trato á primitiva Legislação; e em quanto determinou, ut ibi:—*Declaro* que aos meus sobreditos Tribunaes, e Ministros seculares *não toca o conhecimento de peccados*; mas sim, e tão sómente dos delictos.... deixando-se os referidos textos de Direito Canonico para os Ministros, e Consistorios Ecclesiasticos os observarem (*nos seus devidos e competentes termos*) nas decisões da sua inspecção. »

« Porém (1º) continuar a mesma Lei dizendo—*seguindo* sómente os meus Tribunaes e Magistrados seculares nas materias temporaes da sua competencia as Leis Patrias e subsidiarias; etc. »

« Ver eu (2º) que as Leis Patrias a respeito da prescripção, se não revogão aqui, quaes as Ords. do liv. 4 t. 3 § 1 e t. 79 pr.

« Ver (3º) o Direito Canonico nesta parte adoptado nas mais Nações, ou em muitas (Muller—*Ad Struvium* Exercit. 43 thes. 13, Thomas—*Ad Pandect.* liv. 41 t. 3 pag. 313).

« Por estas razões *sou obrigado* tratar da *má fé* como impeditiva da prescripção, segundo as genuinas interpretações do Direito Canonico, fonte da lei do Sr. D. João III, e fonte das citadas Ordenações. »

No § 4 da mesma *Diss.* continuando diz:

casião de peccar, tendo o alheo indevidamente (6).

S. — p. 6 t. 1 l. 1.

1 Porém, se a dita prescripção fôr in-

« He pois o Direito Canonico a fonte da dita Lei extravagante, e das Ords., que com elle e com ella (*a Lei de* 1534) se conformarão. Eis aqui os textos capitaes do mesmo Direito: taes são o cap. *Quoniam* 20 *de præscript.* ibi:

« *Quoniam* quod non est ex fide peccatum est, Synodali judicio definimus, *ut nulla valeat absque bona fide præscriptio, tam Canonica, quam Civilis.....* unde oportet ut qui præscribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ. »

E tambem o cap.—*Vigilanti* 5 eodem titulo, ibi:

« *Vigilanti* studio cavendum est, ne *malæ fidei possessores simus* in prædiis alienis; quoniam nulla antiqua *dierum possessio* juvat aliquem *malæ fidei possessorem*, nisi resipuerit postquam se noverit aliena possidere, cum *bonæ fidei* possessor dici non possit, etc. E a regra 2 do Reg. *in Sexto*, ibi: *possessor malæ fidei* ullo tempore non præscribit. »

No art. 8 da mesma *Diss.* § 73 propõe Almeida e Souza a seguinte questão: *se a boa fé positiva* he necessaria na prescripção das acções pessoaes, e se póde proceder a de 30 annos com sciencia da divida?

Esta questão que encerra outra, se a *bôa fé* he indispensavel na *prescripção extinctiva*, foi assim resolvida pelo mesmo Jurisconsulto.

Depois de apresentar as razões de uma e outra parte, considerando mais solida a argumentação dos que partilhão a *negativa* (§ 74), emitte sua opinião conciliando o Direito Canonico com o Direito Romano (§ 75), ou melhor com a opinião daquelles que sustentão que o *requisito da boa fé* he dispensavel na prescripção *extinctiva*.

Mas esta conciliação mantem de alguma sorte a opinião *affirmativa*, visto como, bem que o devedor esteja em boa fé até os trinta annos, por que a divida lhe não foi exigida, e a reconheça, passados os 30 annos, se nega-la, *he quando pecca*; mas o effeito da prescripção he completo, visto ter-se esgotádo o praso, estando em boa fé o devedor, e então a pena da lei contra a negligencia do credor não póde ser estorvada.

Entretanto não sabemos como a Ord. possa operar em beneficio do devedor, se elle no praso da prescripção sabia que era obrigado ao credor.

Além deste caso, apresenta mais os dos §§ 76 e 77 em que a boa fé *positiva* se póde dar, e verificar-se a prescripção *extinctiva*.

Mas em todos estes casos não se pode abalar a doutrina da presente Ord., quanto a necessidade da boa fé nas prescripções de qualquer especie, como está provando a conciliação dos dous Direitos Canonico e Civil; e por tanto ainda que Almeida e Sôuza pareça inclinar-se á doutrina que exclue a boa fé na prescripção *extinctiva*, não deixa de reconhecer que a *affirmativa* he a doutrina da Ord., que não foi revogada ou abrogada pelo § 12 da L. de 18 de Agosto de 1769, e solidamente o demonstra no § 3 da *Diss.* acima copiado.

Esta doutrina era corrente desde Pedro Barbosa, um dos Compiladores do Codigo Philippino, *ad Leg.* 3 *de præscript.* do n. 37 em diante; e sómente soffreo algumas duvidas desde a *Diss.* 4 de Almeida e Souza supracitada.

Vide Silva Pereira— *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 404, nota (*a*) á pag. 406, nota (*a*) á pag. 407, e nota (*a*) a pag. 408, Pereira de Castro—*Dec.* 36 n. 2, e Lima—*com.* n. 66.

Entre os modernos o mais notavel propugnador desta opinião he Corrêa Telles nos—*Additamentos* ao Tratado da—*Doutrina das Acções* § 71 n. 4 e § 171.

« Tambem se presume *em má fé* o proprio devedor que contrahio a divida. Ainda que tenhão decorrido 50 ou 60 annos, *não pode dizer que prescreveu*, pois sabe que não pagou (Strikio—*a de act.* sect. 3 mem. 1 axiom 6, Schneider—*Diss. de murmurat.* cap. 3 § 14 apud Zanger—*de Excep.* to, 2 pag. 434). »

O mesmo sustentou no *Dig. Port.* to. 1 art. 1295 e 1296.

Liz Teixeira no seu *Dir. Civ.* to. 2 de pag. 133 a 136, commentando Mello Freire —*Inst.* liv. 3 t. 4 § 8 tambem defende a mesma doutrina; e aliás Mello Freire não era dos mais sympathicos do Direito Canonico, não obstante ser Ecclesiastico e Conego, e ainda menos o seu commentador.

Além destes contamos Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* (2 edição) § 609 e 619, e Rebouças—*Obs.* ao art. 854 nota (2) da *Consolidação*.

Partilhão a opinião contraria Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* na nota T. ao § 465, assim como na nota Z ao § 540, explicando-se na primeira por esta fórma:

« *Juizo nosso sobre a questão* A interpretação de Boehemero (*protestante*) parece-nos exacta: mas seja o que fôr por Direito Canonico, *confessemos* que a nossa Ord. liv. 4 t. 79, assim como a sua fonte a L. de 4 de Fevereiro de 1534, *comprehenderão* no requisito da bôa fé tanto a prescripção *adquisitiva*, como a *extinctiva*.

« Erão as idéas daquelle seculo; o legislador escrupulisava de tolerar factos que *ainda remotamente* podessem ser notadas de peccado. Além disso aquella Ord. *explicitamente se refere* aos devedores de cousas, ou quantidades em razão de contracto, ou quasi—contracto.

« A duvida para nós vem a ser: como entenderemos *hoje* esta Ord.? He questão semelhante á da instituição de herdeiro nos testamentos, e á outras, que a cada passo se offerecem, quando queremos concordar as Ords. com as leis modernas.

« A L. de 18 de Agosto de 1769 no § 12 expressamente ordena, que *a supposição de peccado*, como motivo das leis patrias, *se haja por não escripta*.

« Se, em execução desta Lei, excluimos o final desta Ord.—*por se não dar occasião de peccado*: necessariamente havemos de dar por antiquado, e sem execução, o ultimo periodo da mesma Ord. *sobre* a *má fé*, como disposição sem fundamento.

« Separado este periodo, vamos achar no mesmo § o principio justificativo da prescripção extinctiva—*por a negligencia, que a parte teve de não demandar*, etc.; e conhecemos que o Legislador sómente cogitou de impôr uma especie de pena ao credor negligente, sem attender ás intenções, nem á consciencia do devedor. »

Esta doutrina procura o mesmo Jurista apoiar nas disposições dos Codigos de outras nações, o Francez (art. 2262) principalmente; bem como na *incoherencia* que julga encontrar na Ord. deste liv. t. 32, onde se não falla em *má fé*, e conclue por esta fórma:

« Por estes fundamentos parece-nos, que se póde admittir a prescripção do devedor, *ainda que contra* se apresente o seu proprio titulo: e inclinamo-nos á opinião de Lobão na *Diss.* citada, de que sómente *se reputa* de má fé aquelle devedor, contra quem se provar, que durante o espaço da prescripção reconheceu a divida. »

Coelho da Rocha não diz o modo desse reconhecimento, se judicial, se extrajudicial, se tacito, se pronunciado.

O reconhecimento da divida durante o praso da prescripção de qualquer daquelles modos importa por tanto má fé, mas esta só he reconhecida ou demonstrada no processo da acção, i.e., quando o devedor contesta a divida para lhe aproveitar a prescripção. Mas como neste caso a bôa fé não se presume, ao devedor compete comprova-la.

Se o credor tem á seu favor esta presumpção como dizer T. de Freitas que he difficil a prova da má fé na prescripção extinctiva?

A inapplicabilidade da Lei de 18 de Agosto de 1769, bem o demonstra Rebouças nas *Obs.* citadas, dizendo.

« Ve-se pois que a Ord. do liv. 4 t. 79, quando diz que a prescripção não haverá lugar nos devedores de *má fé*, por se não dar occasião ao *peccado* tendo o alheio indevidamente, previne que o haja, *mas não se funda* na supposição da sua existencia. Assim como não menos se vê que a citada L. de 18 de Agosto de 1769 § 12 o *que ha por nullo*, he suppor-se que poderião julgar de peccado os Tribunaes e Juizes Civis, declarando altamente *que isso* não he da sua competencia. »

T. de Freitas assegura na nota do art. 854, que a prescripção *extinctiva*, he hoje allegada e attendida no fôro, sem que alguem se lembre de *exigir boa fé*.

(6) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos com, maxime os do segundo por sua extenção e importancia, Pereira de Castro— Dec. 6 e 37, Silva Pereira—*Rep. das Ord.* t. 4 nota (*a*) a pag. 230 e 232, e t. 3 nota (1)

terrompida per citação, feita ao devedor sobre essa divida, ou per outro qualquer modo (1), per que per Direito deva ser interrompida, começará outra vez de novo correr o dito tempo (1).

M.—liv. 4 t. 80 § 2.

2. E se aquelle, a que fôra a cousa, ou quantidade devida, fôr menor de quatorze annos, não correrá contra elle o dito tempo, até que tenha idade de quatorze annos cumpridos (2).

E tanto que chegar a ella, correrá contra elle. E postoque o dito tempo corra contra o maior de quatorze annos, e menor de vinte e cinco, poderá elle pedir restituição contra sua negligencia (3), que teve em não demandar dentro do dito tempo, até chegar a idade de vinte e cinco annos; com tanto que do tempo, que elle chegar a idade de vinte e cinco annos, até quatro annos cumpridos (4), em que fará vinte e nove annos, a peça e impetre. E pedida e impetrada a restituição, poderá haver e cobrar toda sua divida, como se nunca o dito tempo de trinta annos corresse contra elle (5).

M.—liv. 4 t. 80 § 3.

3. E quanto aos bens obrigados a outrem

---

a pag. 48, Mello Freire—*Inst.* liv 1 t. 4 § 8, liv 3 to. 4 § 5 e 8, e liv 4 t. 6 § 27, *Hist.* § 89, e Almeida e Sousa—*Proc. Execut.* pag. 165, *Fascic.* to. 1 pag. 129 216, e 232, *Dir. Emph.* to. 2 pag. 347, *Notas á Mello* to. 3 pag. 70, 166, e 171, *Obrig.* pag. 346 e 351.

(1) *Citação.* Esta Ord. está de accordo com o art. 453 do Cod. Com.

« A interrupção, segundo Coelho da Rocha § 458, pode ser *civil* ou *natural.*

« A *primeira* tem lugar, quando o possuidor foi citado valida e explicitamente sobre o objecto disputado, ainda que sómente o seja no Juizo da Conciliação, com tanto que, no caso de não conciliação, seja levada a causa ao Contencioso dentro de um mez (Cod. Civ. Francez art. 2245, e *Ref. Jud.* art. 301). Esta ultima clausula não se observa entre nós (Cod. Com. art. 453 § 2).

« A *segunda* da-se :

1º quando o possuidor na prescripção *adquisitiva* foi desapossado, quer o fosse pelo proprietario, quer por terceiro, se dentro de anno e dia não requer a restituição (L. 5 Dig. *de usucap.* L. 17 *de adquir. vel amitt*). Se a requereu, e a final obteve, conta-se todo o tempo, que durou o litigio (Domat.— *Lois Civiles* liv. 3 t. 7 secç. 5 art. 18).

2º Quando o possuidor reconheceu o direito do antigo proprietario ; ou na prescripção *extinctiva* o devedor reconheceu o direito do credor, quer expressamente, quer por factos, como pagando aluguel, pedindo espera, renovando o titulo, pagando juros (Cod. Com. Port. art. 896, e Cod. Civ. Francez art. 2.248).

O tempo anterior á interrupção fica todo perdido para prescripção como se vê deste §, differindo da *suspensão* a perscripçao como no caso da Ord. do liv. 3 tit. 9 § 3, e em outros apontados por Coelho da Rocha § 457 *in fine.*

Nazareth nos seus *Elementos do Processo Civil* § 396 nota (*g*) diz o seguinte :

« Os Praxistas fasião distincção entre prescripção de trinta annos e de menos tempo : nestas, para que a prescripção fosse interrompida entendião ser necessaria a *litis contestação* ; e naquellas bastava a *citação* ; e Pereira e Sousa na nota 387 he um dos que seguem esta opinião.

« Mas a Ord. do liv. 4 t. 79 § 1 estabelece o principio de que a citação interrompe a prescripção, sem fazer distincção entre acções perpetuas, ou temporarias; e o art. 204 § unico da *Nova Ref. Jud.* he conforme com esta doutrina.

« Lobão *Seg. Lin.* nota 387 n. 14—16 rejeita aquella distincção dos Praxistas, e sustenta que a citação he sufficiente para interromper a prescripção, qualquer que seja a natureza da acção, e o termo legal para a sua prescripção.

« Adoptamos esta opinião, por conforme á Legislação antiga e moderna. Vide § 217 n. 3 e § 287 destes *Elementos.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 855 nota diz o seguinte :

« Esta Ord. refere-se ao Direito Romano, pelo qual ha os seguintes modos de interromper a prescripção:

1.º Propositura da acção contra o devedor (L. 10 *de præscript. long. temp.* Cod. *de annual. except. Ital*).

2º Protesto feito em devida forma (L. 2. *Cod. de annal. except. Ital.*).

3º Reconhecimento expresso ou tacito da divida por parte do devedor (L. 18 § 1 Dig. *de pec. const.*, L. 7 § 5 Cod. *de ann. except. Ital.* e L. 5 Cod. *de duobus reis stipul.*).

« O art. 453 do Cod. do Com. omittio este terceiro caso, o que tem occasionado decisões injustas. »

As interppellações *extrajudiciaes*, em regra, não interrompem a prescripção senão nos casos expressos nas Leis (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 n. 1306).

A prescripção em materia civil não pode ser interrompida pela conciliação, por não termos Lei que a decrete, como acontece no Fôro Commercial onde existe além da art. 453 do Cod., o D. n. 737—de 25 Novembro de 1850 art. 38.

Mas a pratica tem-a introdusido (Loureiro— *Dir. Civ. Braz.* segunda edição § 612).

Segundo o Av. n. 198—de 28 de Maio de 1868 os pleitos judiciaes só interrompem a prescripção, quando o Poder Judiciario he competente para conhecer da questão, e não quando esta he da competencia da autoridade administrativa.

O Av. n. 210—de 5 de Junho do mesmo anno tambem declarou a mesma doutrina, assim como que as *habilitações de herdeiros* não interrompem a prescripção das dividas do Estado.

(1) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.* Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 233, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 4 § 10 e liv. 4 t. 9 § 24, t. 11 § 8, e Almeida e Sousa—*Seg. Lin.* to. 2, pag. 108, e to. 3 pag. 177, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 190.

(2) *Quatorze annos cumpridos.*

A Ord. do liv. 1 t. 82 § 27 usa da expressão *perfeitos* em vez de *cumpridos.*

Vide nota (1) á Ord. do liv. 3 t. 42 pr.

A doutrina desta Ord. se acha roborada com os Avs. n. 74—de 19 de Junho de 1848, e n. 377—de 19 de Setembro de 1866, onde se applica estes principios ao caso do art. 22 parte segunda do D. de 12 de Janeiro de 1861.

O art. 452 do Cod. do Com. tambem reputa impedidos, quanto á prescripção, os que se acharem servindo nas Armadas ou Exercitos Imperiaes em tempo de guerra: ella não corre em quanto a guerra durar, e um anno depois.

(3) Segundo o art. 441 do Cod. Com. contra as prescripções das acções commerciaes não se póde allegar o *beneficio da restituição*, ainda que seja a favor de menores.

Pelo contrario no Civel: o Av. n. 74—de 19 de Junho de 1840 declarou, que a prescripção de longo tempo *não corre* contra os menores, nos quaes além disto he concedida a restituição por espaço de quatro annos.

(4) Vide nota (2) a este §.

(5) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag 234, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 13 § 8, e liv. 3 t. 4 § 12, Almeida e Souza—*Dir. Emph.* to. 2 pag, 258, *Notas á Mello* to. 2 pag. 662, to. 3 pag. 212, e *Obrig.* pag. 348, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 457, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 ns. 1285, 1226, 1287 e 1288.

me geral, ou em special (1), se guarde o que temos dito no Titulo 3: *Que quando se vende a cousa, que he obrigada, sempre passa com seu encargo* (2).

M.—liv. 4 t. 80 § 4.

TITULO LXXX.

Dos testamentos, e em que fórma se farão(3).

Querendo alguma pessoa fazer testamento aberto per Tabellião publico (1), podê-o-ha fazer, com tanto que tenha cinco testemunhas varões livres, ou tidos por livres (2), e que sejam maiores de quatorze annos, de maneira que com o Tabellião, que fizer o testamento, sejam seis testemunhas (3).

---

(1) *Em geral ou em especial.*

O direito do credor hypothecario contra o terceiro possuidor dos bens hypothecados prescreve por dez annos entre presentes, e vinte annos entre ausentes (Ord. deste liv. t. 3 § 1, e t. 79 § 3).

Referindo-se á esta Ord. e a do t. 3 § 1 diz T. de Freitas na nota ao art. 1322 da *Consol.* o seguinte:

« Esta disposição sobre a prescripção do direito real da hypotheca costuma-se applicar á prescripção adquisitiva em geral, pois que não temos outra Lei. Tal interpretação extensiva adoptada pela Jurisprudencia tem seu apoio no Direito Romano.

« A acção do credor hypothecario contra terceiros, rege-se hoje pelas seguintes disposições da novissima Lei:

« A *inscripção* (art. 9 § 2 da cit. Lei) salvo o disposto no art. 11 sobre a extincção das hypothecas, valerá por trinta annos e só depende da renovação, findo este prazo. Nesta disposição não se comprehende a inscripção da hypotheca da mulher casada, e do interdicto, a qual subsistirá por todo o tempo do casamento ou interdicção.

« Um anno depois (art. 9 § 3 da cit. Lei) da cessação da tutela ou curatela, da dissolução do matrimonio, ou separação dos conjuges, cessa a hypotheca geral dos menores, dos interdictos e da mulher casada, salvo havendo questões pendentes.

« O novissimo Reg. hypothecario de 26 de Abril de 1865 tem accrescentado no art. 255 a seguinte disposição, que he importantissima: A prescripção *adquisitiva* de dez á vinte annos não poderá valer contra a hypotheca inscripta, se o titulo da mesma prescripção não estiver transcripta.

« O tempo desta prescripção só correrá da data da transcripção do titulo. »

(2) Vide Barbosa, e Lima nos respectivos *com.*

Neste § terminão os *Commentarios* do Jurisconsulto Amaro Luiz de Lima que, como os seus predecessores Pegas. e Silva, não póde infelizmente concluir o trabalho da annotação do Codigo Philippino, nem na parte Civel, ou do Livro quarto.

(3) Vide sobre esta materia Barbosa—*com.*, Cordeiro—*Dubs.* p. 1 de 1 á 10, Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 4 *Diss.* 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9, importantissimo *com.* sobre Testamentos, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 de n. 1480 á 1616, Gouvêa Pinto—*Tratado de Testamentos e Successões*, nesta materia o mais completo trabalho, Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 2 p. 2 t. 5 de pag. 160 a 374, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* de § 673 á 712, Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* (1ª edição) liv. 2 t. 5, e (2ª edição) liv. 2 t. 6, e T. de Freitas—*Consol.* de art. 903 á 1033, e de 1053 a 1041.

Consulte-se tambem Netto—*Commentaria ad Jus Civile, in quibus multa pertractantur de ultimis voluntatibus*, e Pinheiro—*Tractatus de Testamentis*, em que se nota grande copia de questões sobre esta materia, mas hoje em maxima parte sem applicação.

A palavra *Testamento* vem da Latina *Testamentum*, que segundo as *Institutas* t. 20 pr., assim se chamava por ser um acto destinado a testemunhar a vontade de cada individuo: *Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit.*

O *Testamento*, conforme define o Jurisconsulto Modestino, he uma disposição ou declaração justa, ou solemne da nossa vontade, sobre aquillo que queremos se faça depois de nossa morte.

Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.

Esta definição abraçada por Gouvêa Pinto, he mui generica, parecendo-nos mais exacta, e melhor exprimir o definido, a que dá Coelho da Rocha, seguindo á do Cod. Civ. Francez no art. 895, no § 673 do seu *Dir. Civ.*

« *Testamento* he o acto revogavel e solemne, pelo qual uma pessôa dispõe de todos, ou parte de seus bens para depois da sua morte. »

E accrescenta explicando-a:

« 1.º He da essencia do testamento ser *revogavel*; qualquer clausula pela qual o Testador se privasse da faculdade de alterar a sua disposição, he nulla (L. 4 Dig. *de adimend. vel transf. leg.*)

« 2.º Deve ser *solemne*: as differentes formalidades, que nelles exigem as Leis, não o são só *ad probationem*, mas *ad solemnitatem*; e portanto a falta dellas induz nullidade insupprivel.

« 3.º Não he porém *essencial* a disposição da universalidade da herança, nem a *instituição de herdeiro*, como era por Direito Romano (*arg.* da Ord. do liv. 4 t. 82 pr. e Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 29).

Consulte-se a interessante nota FF que ao mesmo § 673 traz Coelho da Rocha no to. 2 do *Dir. Civ.*, que he uma historia da Legislação Portugueza nesta materia.

Os Als. de 26 de Março de 1634, e de 2 de Maio de 1647 determinarão, que nos testamentos feitos por Religiosos, em que se deixa herança ou legados para suas Ordens; não valhão, nem se cumprão as ditas heranças e legados (Vide T. de Freitas — *Consol.* art. 1003 nota (4)).

O Av. n. 280—de 29 de Setembro de 1855, declarou que, o testamento inutilisado, apresentado em Juizo como instrumento probatorio por um terceiro, paga sómente sello fixo, na conformidade do art. 35 do Reg. de 10 de Junho de 1850.

O Accordão da Relação da Corte de 31 de Outubro de 1861 decidio, que annullado o testamento por falta de formalidades externas, subsistem as liberdades nelle reconhecidas e confirmadas (*Rev. Jur.* de 1862 pag. 68).

(1) *Testamento aberto per Tabellião Publico*, i. e., escripto na *Nota* pelo Tabellião, segundo o dictado, ou declaração do Testador.

Nesta Ord. apresentão-se quatro especies de Testamentos, de que esta he uma, e a menos em uso.

Coelho da Rocha em seu *Dir. Civ.* divide os Testamentos quanto á sua fórma *externa* e *interna*.

Subdivide a primeira em duas ordens: testamentos *ordinarios*, e *privilegiados*. Os primeiros são: o de que trata este §, o *cerrado* ou *mystico*, e o aberto por *escripto particular* perante testemunhas. Os ultimos são tambem denominados *olographos*, por serem escriptos pelo Testador. Os segundos são: *o nuncupativo*, o *militar*, e o *maritimo*.

O mesmo autor aponta na nota ao § 685 um testamento peculiar aos doentes que se tratão no Hospital de S. José de Lisboa, e o *ad pias causas*, hoje em desuso.

Ha ainda outra especie de testamentos que podemos chamar anomala, que he o de *mão commum*, tambem designado por *conjunctivo* ou *reciproco*, admittido pela praxe, posto que as Ords., e outras Leis não tratem de semelhante especie (Valasco—*Cons.* 7, Gouvêa Pinto—*Trat. de Test.* nota 74, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* (2ª edição, § 362): he este o testamento que fazem entre si os conjuges, ou outras pessôas, instituindo uns aos outros reciprocamente por herdeiros.

(2) *Livres ou tidos por livres*, i. e., os escravos cuja condição se não conhece. Vide Ord. deste liv. t. 85 pr.

Vide sobre este versiculo T. de Freitas—*Consol.* art. 1054 § 2 nota (1), e Rebouças—*Obs.* ao mesmo art. e nota respectiva, á pag. 135 e 255.

(3) *Seis testemunhas.*

De modo que assistão ás declarações do Testador, ou pelo menos á leitura da disposição pelo mesmo approvada.

Vide o § 3 desta Ord.

O qual testamento o Tabellião screverá nas Notas, e será assinado pelas ditas testemunhas e pelo Testador, se souber e poder assinar (1); e não sabendo, ou não podendo, assinará por elle huma das testemunhas, a qual logo dirá ao pé do sinal (2), que assina per mandado do Testador, por elle não saber, ou não poder assinar. E tal testamento será firme e valioso (3)

M.—liv. 4 t. 76 pr.

1. E querendo o Testador fazer testamento cerrado (1), o poderá fazer desta maneira. Depois que screver, ou mandar screver (2) seu testamento em que declare sua vontade, o assinará, não sendo scripto per sua mão, por que sendo scripto per sua mão, abastará (3), ainda que não seja per elle assinado.

E não sabendo assinar (4), será assinado pela pessoa, que lh'o screver (5), e será (6) cer-

---

(1) *Se souber e poder assinar.*

Gouvêa Pinto no *Trat. dos Testam.* nota 79 diz o seguinte:

« A assignatura com o sinete, que fazião os Romanos, em que trazião as suas firmas, não tem lugar entre nós, mas pela L. 1 tit. 1 *Partida* 6 de Hespanha, tambem se requer a assignatura com o seu proprio sello, e se o não tiver com o alheio. »

Mas as assignaturas do Testador, testemunhas e Tabellião devem ser feitas em *acto seguido.*

« A assignatura em acto seguido, diz Coelho da Rocha, quer dizer, que o acto da assignatura do Testador e testemunhas deve ser *simultaneo* na presença uns dos outros, e seguido, sem se interromper com outro acto differente. He o *unus contextus*, ou *unitas actus*, dos Interpretes do Direito Romano, e a disposição do art. 976 do Cod. Civ. Francez—*Tout sera fait de suite, et sans divertir à autres actes.* »

Vide tambem Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 4, *Diss.* 4 § 36.

(2) *Ao pé do sinal*, i. e., junto á sua assignatura. E disto deve tambem fazer menção o Tabellião no acto que lavrar.

Signal. O nome com que alguem se assigna e firma, que he de seu punho e letra; ou de letra de fôrma aberta em metal a que hoje chamão *chancella*, e d'antes *signal de forma*, que alguns Reys usárão.

« Se o Testador, diz Coelho da Rocha § 678, não sabe, ou não pode escrever, uma das testemunhas deve assignar por elle, declarando-o *ao pé do signal*, do que o Tabellião *deve tambem fazer menção* no processo do acto. »

E em nota accrescenta:

« Todas as vezes que o Testador não sabe escrever o seu nome, *he de estylo* admittir a testemunha a assignar *a rogo*, ainda que aliàs elle *costumasse assignar de cruz*, ao contrario do que se pratica nos contractos, apezar de a Ord. do liv. 1 t. 78 § 4 conter igual determinação para estes (Vide o § 188 do *Dir. Civ.* nota). »

Eis o que ahi diz o mesmo Jurista:

« Ainda que a Ord. citada (Liv. 1 t. 78 § 4) manda assignar uma terceira testemunha, quando alguma das partes *não sabe assignar*, tem prevalecido, em quanto aos homens, a pratica de julgar sufficiente a assignatura *de cruz*, para omittir aquella formalidade; talvez porque a Ord. falla de *não saber* assignar, e não, de não saber *escrever* (Vide nota I no fim do to. 1 do *Dir. Civ.*) »

Gouvêa Pinto na primeira edição do seu *Tratado de Testamentos* sustentava opinião contraria, i.e., que bastava a firma de cruz, opinião que abandonou nas outras edições, conforme se lê no final do cap. 45.

Além destas formalidades o Tabellião deve declarar no acto o dia, mez e anno, lugar e reconhecimento do Testador e testemunhas, sob pena de lhe ser dado em culpa (Ord. do liv. 1 t. 78, Almeida e Sousa—*Notas á Mello* liv. 3 t. 5 § 6, e Corrêa Telles — *Manual do Tabellião* § 197). E tambem, se o Testador se acha no pleno goso de suas faculdades.

(3) Vide Barbosa no *com.*, Cordeiro—*Dubs.* 7 n. 8, e 9 n. 50, Pereira de Castro—*Dec.* n. 32, Themudo—p. 1 *Dec.* 96, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) a pag. 781, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 6, 13, 22 e 47, e liv. 4 t. 17 § 10, Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 2 pag. 15 e 74, *Fasc.* to. 1 pag. 130, *Dir. Emph.* to. 3 pag. 141, *Morgados* pag. 87, *Seg. Lin.* to. 1 pag. 451 e to. 3 pag. 201, *Notas á Mello* to. 2 pag. 562, to. 3 pag. 237, 242, 249, 255 e 395, to. 4 pag. 75, 76, 90, 113, 215 e 224, e *Obrig.* pag. 238.

(1) *Testamento cerrado*, i. e., fechado, o qual tambem se chama *mystico*, a saber: secreto, mysterioso.

(2) *Screver ou mandar screver.*

O testamento deve ser escripto pelo punho do Testador, ou por outrem *a seu rogo*. Neste ultimo caso deverá o testamento ser assignado pelo proprio Testador, ou pela pessoa que o escreveu, declarando-se isto mesmo.

T. de Freitas, na *Consol.* art. 1055 § 1 nota, diz o seguinte:

« O testamento cerrado pode ser escripto em *lingua estrangeira*, e assim approvado pelo Tabellião? Resolvi pela affirmativa, e que para ter execução o Juiz, que o abrir e mandar cumprir, deve ordenar que seja traduzido, para depois ser registrado, archivando-se o original e a traducção. »

(3) *Abastará*: por isso que a sua letra tem a mesma fé que lhe pode dar a assignatura (Gouvêa Pinto—*Test.* cap. 5 § 2).

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) a pag. 783, transcreve a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa:

« Na causa de Isabel da Costa, viuva do Licenciado Antonio Vaz Machoca, com Joseph Lopes da Costa no anno de 1711 *fuit judicatum*: que não era *necessario* o assignar-se a pessoa que escreveu o testamento, e que tambem se não annullava por faltar a pergunta do Tabellião. Scriba *Antonio da Costa Pereira*, e depois *Matheus Lopes.* »

(4) *E não sabendo assinar.*

Neste caso não he indispensavel que a pessoa que assigna diga que o faz *a rogo* do Testador (Macedo—*Decc.* 4 n. 7). Sed, diz Silva Pereira, vide Pereira de Castro—*Dec.* 81 n. 3 e Portugal—*de Donation.* p. 3 cap. 16 n. 43 que impugnão esta decisão, que hoje não he admittida.

T. de Freitas na *Consol.* art. 1056 § 3 nota diz o seguinte:

« Esta Ord. só previne o caso de *não saber* o Testador assignar, omittindo o de *não poder* elle assignar. Poderá neste caso assignar tambem *á rogo* á pessôa que escreveu o testamento? Resolvi pela affirmativa.

« Será valido o testamento *cerrado*, não estando assignado pelo Testador, nem pela pessôa que lh'o escreveu, não obstante dizer-se no final delle que *o assignára*, e ter sido approvado em fórma legal? Respondi pela negativa, por que a citada Ord. liv. 4 t. 80 § 1 exige a assignatura do Testador ou do escriptor do testamento, exigindo tambem a assignatura do Testador no instrumento de approvação; sendo portanto essencial este requisito nos termos do Ass. de 10 de Junho de 1817, que explicou o de 17 de Agosto de 1811. »

(5) O Ass. de 23 de Julho de 1811 declarou, que os testamentos são validamente approvados pelo mesmo Tabellião, que os escreveu, por que a Lei não lhe prohibe o uso simultaneo destes actos.

T. de Freitas na *Consol.* art. 1059 nota diz o seguinte:

« Se o Tabellião póde approvar o testamento cerrado por elle escripto *á rogo* do Testador, póde sem duvida assigna-lo á rogo do Testador que não sabe assignar. A Ord. do liv. 4 t. 80 § 1 assim faculta indistinctamente ao escriptor do testamento. »

Consulte-se sobretudo quanto á assignatura dos *Analphabetos* Almeida e Souza — *Notas á Mello* to. 4 na *Diss.* 4 de § 3 a 12, em que analysa esta Ord. e a do § 2, e o Ass. de 17 de Agosto de 1811.

(6) *E será cerrado e cosido.*

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 784.

Estas palavras são a traducção ou reproducção da

rado e cosido, e elle Testador o entregará ao Tabellião (1) perante cinco testemunhas, varões livres ou havidos por taes (2), e maiores de quatorze annos, e perante ellas lhe (3)

Lei Romana—*Scripturam consignatam, vel ligatam, vel tantum clausam involutamque*, formalidade em Portugal de ha muito em desuso, seguindo-se o estylo de apresentar o Testador o papel do testamento dobrado, conforme declara Almeida e Souza na *Diss.* 4 supra citada em nota ao § 15, nas seguintes palavras :

« Este com effeito era *o estylo*, que observei em testamentos depois da Ord. Manuelina, sempre perenne até o tempo do Ass. (de 1811) : os Testadores entregavão ao Tabellião os testamentos em papel, *apenas dobrado* ; o Tabellião os recebia ; e depois das mais solemnidades, attestando que só o passára pela vista, sem o ler, para notar, e salvar entrelinhas, borrões, etc. o cosia, fechava, e lacrava, e entregava aos Testadores na presença das testemunhas, etc. »

A difficuldade de executar o Ass. de 17 de Agosto de 1811, que impunha a obrigação de cumprir *ad unguem* esta Ord., considerando em sua generalidade *substanciaes* todas as formulas aqui consignadas, sem se poderem antepôr, pospôr, ou *substituir-se por equipollencia*, obrigou logo a uma declaração que a Casa da Supplicação de Lisboa deu no seguinte Accordão transcripto por Almeida e Souza no § 15 da *Diss.* 4 supra citada, á reclamo do Nicoláo Teixeira de Abreu, Tabellião de Guimarães :

« O Supplicante observe *o uso e costume* como melhor interprete dos referidos § 1 e 2 da citada Ord. (liv. 4 *t.* 80), que á este respeito se não acha expressamente revogada pela generalidade do Ass. de 17 de Agosto re 1811. Lisboa 8 de Agosto de 1815.—*Dr. Souza Samdaio, Veiga.* »

E esta doutrina patrocina o Ass. de 10 de Junho de 1817 nos §§ 3 e 4, quando se esforça o Legislardor mais por firmar a intenção da Lei, do que manter strictamente o formalismo que recommenda.

Mas Gouvêa Pinto nas notas que fez ao Ass. de 1817 entende de outra maneira esta formalidade na nota 303 da edição desta Corte de 1851, que aqui copiamos :

« Esta aliás veneranda, e authentica decisão, parecendo desnecessária á vista da expressa e providente disposição da Ord. liv. 4 t. 80 §§ 1 e 2, que em nada são oppostos, talvez que para o futuro venha a fazer duvida aos que não estiverem ao facto do que se pratica a este respeito, podendo inferir-se destas ultimas palavras do Assento, que quando se faz o Auto da Approvação de testamento este está *cerrado* e *cosido*, o que não he assim, nem aquellas palavras o querem dizer; e por isso nenhuma antinomia ha entre hum e outro §.

« A pratica, que se observa geralmente nas approvações dos Testamentos cerrados, he a mesma que se deduz da letra dos dous §§ da Ordenação citada ; a saber : logo que o Testamento he feito, e acabado pelo Testador, ou por outra pessoa a seu rogo, se o Testamento he dos que em Direito se chamão *Cerrados*, ainda que o Tabellião esteja alli logo prompto para o approvar, sempre se cumpre com a formalidade, que exige a Ord. no § 1, isto he, cerra-o ou dobra-o o Testador, ou a pessoa que lh'o fez a seu rogo, cosendo-o com dous ou trez pontos de linha, ou retroz, o entrega assim o Testador ao Tabellião perante as cinco Testemunhas, e então he que o Tabellião lhe pergunta se aquelle he o seu Testamento, e se o ha por firme e valioso.

« E dizendo o Testador que sim, corta o Tabellião com hum canivete, ou tesoura os fios com que fôra cosido, e cerrado o Testamento ; e abrindo-o lança os olhos por todo elle para vêr se tem algum borrão, ou entrelinha, para assim o portar por fé no Instrumento de Approvação, no qual se costuma dizer—*vi, e não li.*

« Feito isto he que principia o Auto da Approvação, que o § 1 diz que se fará *nas costas do testamento*, que he o que tem feito duvida a muitos, sem advertirem, que no § 2 he que se explicou melhor onde o Tabellião devia principiar o Auto *para se evitarem as falsidades que se poderião fazer nos testamentos*, dizendo, que *o faça ou comece em parte de alguma das folhas, em que alguma parte do testamento seja escripto*, quer dizer, que comece o Auto, onde acabou a escripta do Testamento, ou assignatura deste, como geralmente se pratica.

« E acontecendo, que todas as folhas estejão escriptas, a excepção daquella em que está envolto (que na expressão vulgar quer dizer *embrulhado*) ou cosido o Testamento, declare como nelle fica o seu signal publico, por não ter folha limpa em que começasse o Instrumento de Approvação, para que se não possa tirar o Testamento verdadeiro, e juntar outro ao Auto de Approvação.

« De maneira que a Ord. cit. no § 2 dá todas as providencias necessarias para se fazer o Auto da Approvação sem que dê lugar, a que a este se possa juntar outro Testamento que não seja o que fôra approvado; e por isso com justa razão manda que o Tabellião ponha o seu signal publico em todas as folhas do Testamento ; declarando-o assim no Instrumento de Approvação ; e depois deste acabado, e assignado pelo Testador, o Tabellião o torna a fechar ou cerrar, e cosendo-o com linhas, ou retroz á maneira das Inquirições que vêm de fóra fechadas, lhe deita sobre os pontos humas pingas de lacre, e tantas como tiver declarado no Instrumento de Approvação, e fazendo-lhe o sobscripto em que declare de quem he o Testamento, e quando foi approvado o entrega ao Testador para este o guardar.

« Sendo esta a pratica geralmente recebida, e expressamente mandada observar nos §§ 1 e 2 da Ord. citada, he ella mesma que manda observar o Assento, que por não ser ainda entendido por alguns (como se vê no fim das Primeiras Linhas Orphanologicas da 2a Edição), e ser tão necesssaria a sua observancia para evitar as fraudes, que costumão praticar-se, se expõe com tanta individuação. »

Consulte-se tambem Coelho da Rocha —*Dir. Civ.* § 679 nota, quando refere-se á pratica dos Romanos.

(1) *Entregará ao Tabellião.*

O Testador conforme esta Ord. deve entregar ao Tabellião o testamento por sua propria mão, e de nenhum modo por outra, nem por procurador ou mandatario, segundo a fórma precedente, declarando *expressamente* que he seu, e que quer que se cumpra.

A omissão desta formalidade annulla o testamento (Pegas—*com*, á Ord. do liv. 1 t. 50 pr. cap. 2 n. 73), onde a respeito apresenta casos julgados (Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 4 nota (a) a pag. 784, e Almeida e Sousa—*Diss.* 4 cit. § 16)

Se o testamento escripto pertencer a dous, e um disser ao Tabellião que he seu, o silencio do segundo prejudica o testamento quanto á sua parte (Valasco—*Cons.* 7 n. 4, e Silva Pereira—*Rep.* supra citado).

E por isso Corrêa Telles no *Manual do Tabellião* § 253 diz, que nos testamentos de mão commum, ambos os Testadores devem pegar no testamento, e entrega-lo ao Tabellião, e a cada um deve-se fazer as perguntas por Lei exigidas da parte do Tabellião.

(2) Vide nota (2) ao pr. desta Ord. á pag. 890.

(3) *Lhe perguntará o Tabellião.*

A falta desta formalidade, segundo alguns Juristas, vicia inteiramente o testamento, bem que haja ao contrario decisões, como a da nota (3) supra á pag. 891, e com esta ultima opinião concorda o Ass. de 10 de Junho de 1817 nas palavras:

« Por quanto uma vez que o Testador declare perante as testemunhas e o Tabellião, entregando-lhe o seu testamento, *que aquelle he o seu testamento*, que ha por bom, firme e valioso, e o Tabellião fizer o *instrumento da approvação* na parte do testamento, na forma acima declarada, fica o mesmo testamento valido, e do mesmo modo firme e bom, *que se respondesse as perguntas*, que o Tabellião lhe deveria fazer, se o Testador assim o não tivesse anticipadamente declarado: »

Esta doutrina he sustentada com muita vantagem por Almeida e Sousa—*Diss.* 4 citada nos § 18 usque 26 dizendo no final do 18:

« De forma que esta *uniformidade* de casos julgados (*além do que eu vi*) por mais de um seculo, pode formar uma interpretação *usual* da nossa Lei, interpretação que admittio o Accordão (de 8 de Agosto de 1815) declaratorio do Ass. (de 1811) ; e *maximè* não sendo irracionavel, nem diametralmente opposto á Lei, como veremos. »

perguntará o Tabellião, se he aquelle o seu testamento, e se o ha por bom, firme e valioso; e dizendo que si, fará logo em presença das testemunhas o instrumento da approvação nas costas do proprio testamento (1), declarando como o Testador lho entregou, e o houve por seu, bom e firme; no qual instrumento de approvação assinarão todas as cinco testemunhas, e o Testador, se souber ou poder assinar.

E não sabendo, ou não podendo, assinará por elle huma das testemunhas (2), declarando ao pé do sinal, que assina per mandado do Testador, por elle não saber, ou não poder assinar, e de outra maneira não será valioso o testamento (1). E isto sem embargo de qualquer costume (2)

Depois de mostrar que Cordeiro em suas *Dubitationes* comprehendêra bem a questão, e a resolve com muita proficiencia, aponta o exemplo da Ord. deste liv. t. 81 § 5 do surdo e mudo por caso ou doença, que souber escrever, e fizer por sua mão testamento.

Gouvêa Pinto na nota 304 ao Ass. de 1817 concorda perfeitamente com a opinião de Almeida e Sousa.

Vide tambem a nota 305 ao Ass. de 1817.

(1) *Instrumento de approvação nas costas do proprio testamento.*

Esta formalidade tem relação com a precedente *cerrado e cosido;* e segundo o affirma Gouvêa Pinto na nota 303, tem continuado a ter execução, não obstante o que assevera Almeida e Sousa na *Diss.* 4 citada no § 27.

Neste Instrumento de approvação deve-se mencionar explicitamente o facto da entrega e declarações do Testador, com indicação do dia, mez e anno, e lugar, e mais circumstancias do estylo; assignando tanto o Testador, como as testemunhas e Tabellião que o lavrou, sendo tudo em acto seguido.

Este Instrumento deve ser principiado na ultima folha em que se contém a disposição, e não havendo para isso espaço, deverá o Tabellião rubrica-la com o seu signal, lavrando em outro papel o Instrumento, e disto mesmo fazendo nelle a competente declaração (Ass. de 10 de Junho de 1817).

Qualquer declaração de vontade que o Testador faça no Instrumento da approvação, *vale como testamento aberto* : por isso que, como diz Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 3 n. 1792, lhe he applicavel a disposição desta Ord. no principio.

O mesmo Ass. de 1817 supra citado, depois de referir-se ás perguntas do Tabellião diz :

« Que o mesmo deve entender-se dos mais requisitos da Lei, cuja intenção he, *que a elles se não falte* ; mas uma vez, que o Tabellião, Official Publico e de fé pela Lei, *porte por fé* no Instrumento de Approvação, que perante as Testemunhas, alli presentes e declaradas, forão satisfeitos todos os requisitos da Lei, e especificando-os elle no mesmo Instrumento, *está observado* o que a Lei requer, e manda-se se observe á bem da liberdade de testar. »

Vide sobre a antimonia deste § com o do § 2 a nota á este §, acerca do lugar em que deve começar o Instrumento de approvação desta especie de testamentos, e o que diz Gouvêa Pinto—*Tratado de Testamentos* no cap. 45 quando trata do Ass. de 1817 notas 303 e seguintes.

Vide Corrêa Telles — *Manual do Tabellião* § 252 nota 1 á pag. 195.

Almeida e Souza na *Diss.* 4 citada § 37 julga *substancial* a leitura do Instrumento de approvação em presença do Testador e testemunhas, ainda que esta Ord. o não declare, *ex vi* da Ord. do liv. 1 t. 78 § 4 e 5.

(2) T. de Freitas na *Consol.* art. 1055 § 10 nota exprime-se por esta fórma :

« Declarando o Tabellião no Instrumento de approvação que por enfermidade o Testador não pôde assignar o testamento, e que *á seu rogo* assignára uma das cinco testemunhas, designando-a pelo seu nome ; he nullo o testamento por não declarar essa testemunha em sua assignatura que o faz *á rogo* do Testador por *este não poder assignar*, declarando simplesmente que *assigna á rogo* do Testador ? *Respondi pela negativa.* »

Gouvêa Pinto na nota 307 do cap. 45 que aqui transcrevemos, pensa differentemente.

Eis suas palavras :

« Como ainda apezar da clareza desta Decisão haja quem suscite duvidas sobre suas palavras, e generalidade dellas, dizendo, que se por exemplo esquecer á Testemunha que assigna por este (o Testador) não saber ou não poder, e o portar por fé o Tabellião no Auto de Approvação, que fica valido o Testamento; por isso que o Tabellião assim o portou por fé, será necessario responder a esta questão, em que sigo a *negativa*, e que o Testamento não fica assim valido; porque esta formalidade não a póde supprir o dito e fé do Tabellião ; porque he necessario que conste, e se veja ao pé da assignatura da Testemunha que assigna a rogo, a razão porque assignou a rogo; pois que assim o manda expressamente a Ord. citada § 1, nas palavras—*declarando ao pé do signal, que assigna por mandado do Testador, por elle não saber ou não poder assignar, e de outra maneira não será valido o Testamento*, nem a generalidade das palavras do Assento no verso— *mas huma vez o Tabellião*, etc., quizerão comprehender senão as que se podem supprir pela fé do mesmo Tabellião : e até no fim dos §§ 1 e 2, se põe pena ao Escrivão, que não lavrar o Instrumento de Approvação da fórma alli declarada, e não fizer assignar o Testador e Testemunhas no fim do mesmo Instrumento da maneira que fica ordenado nos mesmos §§. »

Esta opinião parece-nos mais de accordo com a Ord. que a precedente, ainda que a da *Consol.* conte em seu favor as mui respeitaveis de Corrêa Telles no *Manual do Tabellião* § 252 nota 2 á pag. 195, assim como Almeida e Souza—*Diss.* 4 citada no § 28 usque § 35 inclusive.

Em nota ao § 11 do mesmo art. 1055 accrescenta T. de Freitas

« Mas haverá nullidade se alguma das cinco testemunhas não assignar o Instrumento de approvação, assignando *á rogo della* alguma das outras. He solemnidade *essencial* a assignatura de todas, como exige a Ord. do liv. 4 t. 80 § 1. »

(1) *E de outra maneira não será valioso o testamento.*

O Ass. de 17 de Agosto de 1811 declarou que a nullidade decretada nestas palavras da presente Ord. não se limitava á disposição proxima, *e não sabendo e não podendo;* comprehendia *geral e extensamente* todas as disposições conteúdas neste §, que além de deverem concorrer, não podem antepôr-se, pospôr-se, ou *substituir-se por equipollencia.*

A intelligencia deste Ass. tendo augmentado as duvidas já existentes quanto a esta Ord., publicou-se o Ass. de 10 de Junho de 1817, declarando e interpretando esta Ord. e aquelle Ass.

Entretanto Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 3 art. 1784, em nota diz : que o Ass. de 1811 excitou pleitos que não poderão ser acalmados pelo de 1817. O mesmo sustentou no *Manual do Tabellião* § 250 nota a pag. 193.

E a razão he porque nesta materia não define o Legislador com clareza e precisão, quaes as formalidades, que preteridas vicião a disposição testamentaria.

(2) *Costume.*

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 679 nota diz.

« Além dos requisitos *essenciaes*, que ficão enumerados, costumão os Tabelliães rubricar as folhas do testamento, e passa-las pelos olhos, para resalvarem as entrelinhas, ou borrões, sem comtudo o lerem, bem como cosê-lo e lacra-lo com a approvação, e entrega-lo ao Testador.

« Mas como estas formulas não são exigidas na Lei, a sua omissão, sem algum outro fundamento de fraude, não induz nullidade. »

T. de Freitas na *Consol.* art. 1056 nota, declara que não resulta nullidade de não rubricar o Tabellião as laudas do testamento, uma vez que não ha lei que exija tal requisito, que aliás sempre se observa, e offerece uma garantia.

Entretanto Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 3 art. 1791 diz: que *se observa por estylo* que, *permittindo-o* o Testador, pode o Tabellião lançar uma vista de olhos á escripta, para notar se nella ha entrelinha, borrão, ou

que em contrario haja em algum lugar, ou lugares.

E o Tabellião, que fizer instrumento de approvação de algum testamento (1), ou codicillo, sem o fazer assinar pelas testemunhas, nelle nomeadas, e pelo Testador,

---

cousa que duvida faça, e assim o declarará no Instrúmento, resalvando as emendas ou entrelinhas.

Donde se vê que o Tabellião *não tem* o direito de abrir o testamento para verificar estes defeitos senão com licença do Testador.

Nos arts. 1788 e 1789 do *Dig.* diz ainda o mesmo Jurisconsulto: »

« Para evitar falsidades, deverá o Tabellião no seu *Livro de Notas* apontar o dia, mez e anno, em que fez a approvação do testamento de F.; e fazer assignar no Livro as mesmas pessoas, que assignárão o Instrumento.

Mas isto não passa de mero conselho, expresso pela palavra—*desideratur*.

« Se o Tabellião *não conhecer* o Testador, *devem conhecê-lo* as Testemunhas do Instrumento, e algumas destas *devem ser conhecidas* do Tabellião; e de tudo isto deve fazer declaração no Instrumento (Ord. do liv. 1 t. 78 § 6).

(1) O testamento approvado por Tabellião de fóra do Districto não he valido, porque a Lei reputa pessoa particular o Tabellião fóra do seu Districto (Pegas—*com.* á Ord. do liv. 1 t. 50 pag. 246 n. 68, Valasco—*Cons.* 9, e Corrêa Telles—*Interp.* n. 21).

O D. de 16 de Janeiro de 1819 revalidou todos os testamentos, ou quaesquer disposições de ultima vontade, que no Brazil houvessem sido escriptas pelos Ajudantes dos Tabelliães e Escrivães, considerando-se com a mesma força como se houvessem sido pelos mesmos Tabelliães e Escrivães, não obstante a Ord. do liv. 1 t. 97 § 10, subsistindo todavia para o futuro em todo o seu vigor a disposição da sobredita Ord. do Reino, relativa aos artigos em que os Ajudantes não se achão autorisados para escreverem, por não haver sufficiente motivo para que ella deixe de ser observada.

Este Decreto foi ainda roborado com a Provisão de 10 de Fevereiro de 1820.

Nas Freguezias e Capellas fóra das Cidades ou Villas os Escrivães dos Juizes de Paz, em seus respectivos Districtos, estão autorisados, como os Tabelliães de Notas, não só para fazer como approvar testamentos (L. de 15 de Outubro de 1827 art. 6, e Res. de 30 de Outubro de 1830 arts. 1 e 2, e Avs. de 13 de Fevereiro de 1829 e do 1º de Agosto de 1831).

Nada havendo-se estatuido na L. do 1º de Outubro de 1828, quanto aos Tabelliães que nomeavão as antigas Camaras para approvação de testamentos, he visto que a Ord. do liv. 1 t. 78 § 20, ficou sem vigor, maxime em vista das providencias supranotadas.

Rebouças nas *Obs.* ao art. 1084 da nota da *Consol.* combate a opinião de que os Escrivães dos Juizes de Paz possão sómente fazer e approvar testamentos fóra das cidades e villas, apoiado no Av. do 1º de Agosto de 1831, e T. de Freitas, com quanto mantenha sua asserção, reconhece que o Av. *parece apoiar* a censura de Rebouças.

Mas desde que se permittio (D. n. 2833—de 12 de Outubro de 1861 art. 3) aos Escrivães de Paz lavrarem escripturas de compra e venda de escravos, nenhum inconveniente descobrimos no que sustenta Rebouças, até que o Poder competente resolva.

O testamento feito a bordo de navio, que vai em viagem, póde ser approvado pelo Escrivão do navio, ou pelo Official, que suas vezes fizer, como se fôra Tabellião (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 n. 1794, Valasco—*Cons.* 182 n. 17, Silva—*com.* á Ord. do liv. 3 t. 59 § 2, e Silva Lisboa—*Dir. Mer.* to. 6 cap. 25).

Os Consules Brazileiros residentes no estrangeiro tem o direito de fazer, approvar e abrir os testamentos dos subditos Brazileiros, regulando-se pelos modelos ns. 22, 23 e 24, declarados no art. 183 do D. n. 520—de 11 de Junho de 1847. A sua fé, quanto a factura e approvação dos testamentos, he igual a dos Tabelliães.

perderá o Officio (1), e o instrumento de approvação será nenhum (2).

M.—liv. 4 t. 76 § 1.

2. E por se evitarem as falsidades, que se poderião fazer nos testamentos, mandamos ao Tabellião que o instrumento de approvação fizer, o faça, ou comece em parte de alguma das folhas, em que alguma parte do testamento seja scripta (3).

E sendo todas as folhas scriptas em maneira que não possa fazer o instrumento de approvação, ou o começar a fazer em alguma das folhas do testamento, então porá em qualquer parte do testamento o seu sinal publico (4).

---

(1) *Perderá o Officio.*

Vide nota infra ao § 2.

(2) Vide tambem sobre esta Ord. Barbosa no respectivo *com.*, Pereira de Castro — *Dec.* 51, Valasco—*Cons.* 149 n. 102, Cordeiro—*Dubs.* 3 n. 22, 6, 7, 8 e 9 em differentes lugares, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 782, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 8, Gouvêa Pinto—*Test.* cap. 5 § 2, e cap. 45, e Almeida e Souza—*Acç. Sum.* to. 2 pag. 21, *Seg. Lin* to. 1 pag. 451, e *Notas á Mello* to. 3 pags. 244, 247, 255, 261 e 321, e to. 4 pags. 76, 90, 127, 133 e 215.

(3) O Ass. de 20 de Junho de 1817 conciliando a antinomia deste § e do 1 desta Ord. sobre o lugar em que se ha de começar o Instrumento de Approvação do Testamento *cerrado*, quando este acaba, não nas *costas e verso* da ultima folha escripta, mas em parte desta, declarou:—« que o Tabellião, não podendo começar o Instrumento de Approvação dentro do Testamento *cerrado e cosido*, que não acaba no verso da ultima folha escripta, mas em parte desta, como póde começar, quando acaba nas costas e verso da mesma folha, deve principiar o Instrumento logo e immediatamente no fim do Testamento, cerrando-o e cosendo-o depois de concluido o mesmo Instrumento, na *fórma da pratica geral, e sempre observada*, que he a melhor interprete da Lei, e neste caso *necessaria*, para conciliar a disposição do § 2 com a do § 1, á vista da impossibilidade de se escrever dentro de um Testamento, que se acha *cerrado e cosido.* »

(4) *Seu sinal publico.*

Vide nota infra.

Não estando esta formalidade contemplada entre as enumeradas no Ass. de 10 de Junho de 1817, parece que esta falta não importaria nullidade, ainda que por outro lado, o auto do Tabellião ficaria imperfeito sem o respectivo signal.

Accresce que não se julgando nullidade a falta de signal no Instrumento de approvação, como se verá na nota *infra*, reputa-se indispensavel, essencial neste caso, e deprehende-se esta necessidade das palavras da Ord. —*declarará como nelle fica o seu sinal publico.*

E esta doutrina he confirmada por Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 5 § 2 nota 59 da edição sexta de 1851, que aqui exaramos.

« O modo pratico de fazer este Testamento, e a sua approvação se póde vêr no fim deste Tratado; pois deve nesta declarar o Tabellião, se nelle achou algumas entrelinhas ou borrões; que o Testador lhe entregára aquelle Testamento, e o houve por seu, bom e firme; as laudas ou folhas, em que estava escripto o Testamento, quando o Testador lhe entregou; e se este estava, segundo o seu parecer, em perfeito juizo, etc.

« E note-se que os Praxistas questionão se esta clausula (*o signal*), que a Lei requer na Ord. citada § 2, he necessaria *pro fórma*, ou, se faltando ella, o Testamento fica nullo. Alguns, como Mendes de Castro, mostrão que a nossa Legislação, ou modo de julgar he muito vacillante, e apontão casos identicos decididos nas Relações, cujas decisões derão humas vezes o Testamento por nullo, por isso mesmo que faltou o ser confir-

E no instrumento, que fizer de approvação em outra folha, em que stê envolto ou cosido o testamento, declarará como nelle fica o seu sinal publico, por não ter folha limpa (1), em que começasse o instrumento de approvação, de maneira que se não possa tirar o testamento verdadeiro do instrumento de approvação, e metter outro falsamente fabricado em seu lugar.

E o Tabellião, que de outra maneira fizer o instrumento de approvação (2), perderá o Officio (3).

M.—liv. 4 t. 76 § 2.

3. E se o testamento fôr feito pelo Testador, ou per outra pessoa privada (4), e não tiver instrumento publico de approvação nas costas (1), nem fôr feito per Tabellião, esse Testador, per cuja mão fôr feito, ou assinado o testamento, e bem assi qualquer outra pessoa, per cuja mão fôr feito e assinado, seja havido em lugar de Tabellião, de maneira que com esse Testador, per cuja mão fôr feito, ou assinado, ou com a pessoa privada, que o fizer, ou assinar, sejam seis testemunhas (2): as quaes testemunhas assinarão no testamento, sendo primeiro lido perante ellas (3), e serão varões maiores de quatorze annos, e livres, ou tidos por taes (4).

E neste caso, quando fôr feito pelo Testador, ou per outra pessoa privada sem instrumento publico nas costas, deve tal testamento ser publicado (5) depois da

---

mado no mesmo papel, em que tinha acabado *o* Testamento, e outras vezes declarando não ficar nullo, por isso que no § 2 da Ord. citada só se impõe ao Tabellião pena de perdimento de Officio, quando lhe esquecer esta clausula, e não a de nullidade de Testamento.

«O Autor das *Instituições de Direito Civil Lusitano* não aponta esta questão, esquecendo-se até de notar a clausula, que requer o mesmo § 2, de quando não restar papel algum no Testamento para continuar-se o Instrumento de Approvação, que o Tabellião deverá pôr o seu signal publico em qualquer parte do Testamento, fazendo disso menção na approvação.

« No entanto como temos a regra, que faltando alguma das solemnidades prescriptas pela nossa Lei o Testamento fica nullo, devemos dizer o mesmo a respeito da sobredita clausula, que faltándo ella se invalida o Testamento; e não vale o argumento tirado das palavras finaes do §, por isso que ha muitos lugares da Ordenação em que impondo-se ao Tabellião a pena de perdimento do Officio por algum erro, os Actos por elle feitos ficão nullos; quando a respeito deste caso já se deixa declarado no § 1 da Ord. citada no fim, e muito mais tendo agora o Assento de 10 de Junho de 1817, que tira toda a duvida a semelhante respeito, como será melhormente explicado no fim deste Tratado, onde se porá por extenso o mesmo Assento. »

(1) *Sinal publico, por não ter folha limpa.*

Corrêa Telles no *Manual do Tabellião* § 353 diz, que será *erro notavel* se o Tabellião no fim do Instrumento da approvação, não fizer o seu signal publico.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) á pag. 195 transcreve uma nota do Dez. Oliveira as palavras — *o seu signal publico*, nestes termos:

« Note-se, que não requer signal publico, senão no caso de se pôr na folha apartada; de que resulta, que se no Instrumento da approvação *não fizer* signal publico, mas razo, ou na Nota, quando nella se fizer instrumento aberto, *não será* o testamento *nullo*, e assim o julguei. »

(2) Corrêa Telles na *Interp.* § 20 diz o seguinte:

« Supponhamos tambem que em testamento *fechado* tem algum defeito, que o annulla, poderá elle ser reduzido á publica fórma como nuncupativo, e ficar revalidado? Assim o affirma Cordeiro—*Dub.* 3, mas á meu vêr anniquila-se a Lei, nem eu sei como um acto pela Lei julgado nullo se possa validar, quando a mesma Lei expressamente o não permitte (Pegas—com. á Ord. do liv. 1 t. 50 gloss. 3 cap. 10 n. 4 2). »

(3) *Perderá o Officio.*

Consulte-se Gouvêa Pinto—*Testamentos* cap. 5 § 2 nota 59 da sexta edição de 1851, que copiamos na nota (4) á esta Ord.

Vide sobre esta Ord. Barbosa no respectivo *com.*, Cordeiro—Dub. 9, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 notas (b) e (c) á pag. 195, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 8, e Almeida e Souza—*Acç. Sum.* to. 2 pag 20, *Notas á Mello* to. 3 pags. 244 e 247, e to. 4 pags. 76, 90, 727 e 133.

(4) *Pelo Testador, ou pessoa privada.*

Este testamento he *olographo* como o precedente, porque são escriptos pelo Testador, mas não depende como o *cerrado* de instrumento de approvação.

Tambem se chama testamento *aberto*, feito por escripto particular, para differençar do que trata esta Ord. no princ., que tambem he *aberto*, mas escripto na Nota pelo Tabellião.

(1) *Approvação nas costas.*

Vide nota (1) ao § 1 deste titulo a pag. 903 1ª col.

(2) *Seis testemunhas.*

Se o Testador foi quem escreveo o testamento bastão cinco testemunhas. Se foi outra pessoa o escriptor, este e as cinco testemunhas completão as *seis* aqui reclamadas.

(3) A formalidade da leitura do testamento, que neste § se exige, tambem se deve praticar no que he lavrado em Nota pelo Tabellião, embora a Ord. o não recommende, para se evitarem fraudes (Gouvêa Pinto—*Tr. de Testam.* cap. 5 § 1 nota 55).

(4) Vide nota (2) ao pr. desta Ord. á pag. 900.

(5) Para que este testamento surta effeitos legaes, he indispensavel, como diz esta Ord., *ser publicado* depois da morte do Testador *per auctoridade de Justiça*. He isto o que se chama no Fôro *reducção* ou *publicação judicial*, e vem a ser o julgamento ou confirmação do testamento pelo Juiz competente, sobre inquirição das respectivas testemunhas, e citação dos herdeiros *ab intestato*, que são *as partes* a que se refere esta Ord.

Para que esta reducção ou confirmação tenha lugar he mister:

1º. que as testemunhas deponhão *contestes* sobre o facto da disposição, ou ao menos sobre a sua leitura e assignaturas perante ellas.

2º. que reconheção as suas assignaturas (*signaes*), e a do Testador.

Se uma das testemunhas contradiz a disposição, fica sem vigor o testamento, salvo provando-se a falsidade ou perjurio dessa testemunha (Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 4, *Diss.* 3 § 55).

Mas accrescenta o mesmo Jurisconsulto:

« Se porém a testemunha nega a sua subscripção, e a verdade della se não comprova por algum daquelles modos (exame da firma, etc.), ou se assignou por cruz, e a testemunha he numeraria; então fica *nullo* o testamento. »

No § 52 da mesma *Diss.* terceira, suscita Almeida e Sousa a seguinte questão:

« *Quid vero:* se quando, depois da morte do Testador, se publica este testamento, *são ja mortas* alguma testemunha numeraria, ou algumas dellas, *poderá valer* só com as vivas, e reconhecimento dos signaes das defuntas?

« O illustre Mello (*Inst.* liv. 3 t. 5 § 10 na nota) affirma que sim, citando Strikio e Boehemero, a que se podem juntar outros Doutores (não Reinicolas). Porém o grande Mello aqui *magnum erravit errorem.*

« Porque o nosso Legislador liv. 3 t. 18 § 9 conheceu a differença de *abertura*, e de *publicação* do testamento. *Abertura* se dá propriamente no testamento escripto e cosido, que segundo o Direito Romano se fazia na forma da L. 21 Cod. *de Testam.*, a que he semelhante

morte do Testador per auctoridade de Justiça (1), citando as partes (2), a que pertencer, segundo fórma de Direito (3).

M.—liv. 4 t. 76 § 3.

4. E poderá o Testador ao tempo de sua morte fazer testamento per palavra (4), ou

---

a Ord. liv. 4 t. 80 § 1: neste he que propriamente se dá a *abertura*.

« A *publicação* se dava propriamente no testamento nuncupativo, e que não era feito com autoridade publica (Strikio § 2, Jul. Cap.—D*iscept*. 291 *dub*. 4 a n. 1). Ora: a nossa Ord. neste § 3 diz que este testamento *deve ser publicado* depois da morte do Testador, pelo que participa do *Nuncupativo*.

« He pois uma solemnidade impreterivel, que depois da morte do Testador se inquirão *todas* as testemunhas que o forão nesse testamento, citados os interessados. E basta a *falta de uma* dellas para se não julgar publicado e valido este testamento.

« Assim a torrente dos nossos Reinicolas com varios Arestos citados, e transcriptos na seguinte nota (Phœbo—*Dec*. 75, Portugal—*de Donation*. liv. 3 cap. 16 n. 11 e 12, Oliva—*de Foro Ecclesiæ* p. 2 qu. 30 n. 9, Cordeiro—*Dub*. 4 de n. 30, Ag. Barbosa—*Castigat*. a esta Ord. n. 261, Egidio—in L. 1 Cod. *de Saccros. Eccles*. t. 4 init. sub n. 9 ibi: *Testamentum* ergo de quo in § 3..... cum post mortem Testatoris coram Judice publicari debeat, periculum est ne corruat, si forte *testes* interim *moriantur*). »

Além destes aponta tambem Fragoso—*de Regim. Reipub*. p. 3 liv. 5 disp. 8 § 3 n. 117, e Pinheiro—*de Testam*. disp. 2 sect. 6 n. 163 e 164.

E accrescenta:

« Concordão no caso, em que o testamento *não he escripto* por Tabellião Publico, mas por pessoa privada, e com testemunhas (Gomes na L. 3 *Tauri* n. 43, e Barry—*de Succes*. liv. 11 t. 1 n. 1 e 2). »

A testemunha *ausente* se acha nas circumstancias da fallecida.

A opinião de Almeida e Sousa he tambem sustentada por Carvalho—*Prim. Lin. Orphan*. nota 154 nas seguintes palavras:

« Antes da inquirição das testemunhas não se deve dar vista a quem pretender impugnar a *reducção*; porque *pode morrer alguma dellas* e resultar dahi um prejuizo irreparavel.

« Ainda que Mello Freire *Inst*. liv. 3 t. 5 § 10 na nota, diz que pode provar-se o testamento com duas ou trez Testemunhas, se tiverem morrido as outras; comtudo eu assento que elle deve entender-se no caso da Ord. do liv. 3 t. 60 § 6, isto he, quando se trata de provar a existencia, e theor do testamento, que se reduzio, e que *depois de reduzido* se desencaminhou, e não do caso, em que se trata da reducção; porque uma tal opinião parece resistir á citada Ord. do liv. 4 t. 80 § 3 e 4.

« Da sentença, que julga a disposição por boa e valiosa, compete o recurso de embargos ou de appellação; mas esta não tem o effeito suspensivo, e sem embargo della se deve a dita disposição attender na Partilha. »

A esta doutrina tambem se acolhe Loureiro—*Dir. Civ. Bras*. nos §§ 356 e 357, da segunda edição.

A opinião de Mello Freire he sustentada por Corrêa Telles na *Doutrina das Acções* § 181 nota 3, e no *Dig Port*. to. 3 art. 1777, por Liz Teixeira—*Dir. Civ*. to. 2 pag. 177 no § 10, assim como por Coelho da Rocha—*Dir. Civ*. § 684 scholio, exprimindo-se por esta forma:

« Esta ultima opinião he seguida pelo autor do *Dig. Port*. 3 art. 1777 no caso de que as outras testemunhas não discordem, e seja reconhecido o signal das que faltão: a qual *parece razoavel*.

« Porquanto a Ord., quando diz, que nesta disposição o Testador, ou escriptor do testamento seja tido no lugar do Tabellião, dá lugar a entender, que o acto ficou authentico e concluido, e que a reducção tem por fim antes a verificação ou prova, do que a forma delle; e não exigindo ella por outra parte a inquirição individual de todas as testemunhas, não só se deve presumir verdadeira a assignatura da testemunha que falta, mas tambem legal e authentico o acto, como se pratica geralmente em todos os outros.

« A paridade do testamento nuncupativo, com que argumenta Lobão *não colhe*; porque neste não existe ainda acto algum, nem assignatura, sobre que assente a presumpção, e que possa servir de base para a prova. »

Partilhamos a opinião de Almeida e Sousa por nos parecer mais juridica, e pelos inconvenientes a que pode dar lugar a doutrina contraria. Se apenas restar uma testemunha, poder-se-ha reduzir um tal testamento?

(1) Per *auctoridade de Justiça*.

Gouvêa Pinto no *Tr. de Testam*. cap. 5 nota 56 diz o seguinte, referindo-se á reducção deste Testamento, que he o que propriamente chamão os Juristas *olographo*:

« Ainda que esta reducção em muitas partes não tenha uso, pelo apresentarem somente ao Parocho, que sem auctoridade lhe principia a dar execução pelo que respeita ao bem da Alma, e os herdeiros á imitação deste, pelo que pertence aos bens; comtudo só tem lugar, quando não ha quem contradiga; porque havendo, se deve seguir o que declara e ordena a Ord. citada; e portanto bem á maneira dos testamentos nuncupativos he necessaria *sentença do Juiz*, que o julgue por bom, para se poder dar á execução. »

Na nota 64 ao cap. 6 diz ainda o mesmo Jurista:

« Posto que em as nossas Leis se não declare o tempo dentro do qual se deva requerer a reducção ou publicação do testamento, comtudo da *Novella* 115 cap. 5 § 1 e da Ord. do liv. 3 t. 9 § 9, se infere que não deve ser antes dos dias de nojo; dentro dos quaes não podem ser demandados ou chamados a Juizo, nem perguntados por testemunha os parentes do morto, etc. »

O Av. n. 78—de 10 de Fevereiro de 1837 declarou, que o despacho por que se manda cumprir e registrar qualquer testamento, só se considera sentença final, quando lhe tem precedido disputa sobre dever ou não ter cumprimento o mesmo testamento, promovida por alguma parte interessada, ou pelo Promotor dos Residuos.

Sobre a abertura dos Testamentos feita pelo Parocho, vide nota (2) na Ord. do liv. 1 t. 62 § 4 *in fine*.

(2) Perdigão Malheiros no *Manual do Procurador dos Feitos* § 465 nota 859 diz o seguinte, referindo-se á abertura dos testamentos entre nós :

« O testamento de subdito Brazileiro fallecido fóra do Imperio, póde ser aberto pelo respectivo Agente consular (Reg. n. 520—de de 11 de Junho de 1847, art. 183).

« E quando aconteça ter sido aberto no Imperio por algum particular, ou outra autoridade, que não as referidas (Juiz Provedor, e em caso de urgencia os Parochos)? Pode-se admittir no Juizo da Provedoria justificação do facto com citação dos interessados, de modo que se conclua não o ter sido pelo Testador com intenção de revogal-o (Lobão—*Diss*. 6 em supp. a *Seg. Lin*. § 31 e seguintes). E assim se procedeu, em 1857, no Juizo da Provedoria da Côrte, á respeito do testamento de F. Maxwell). Convém sobretudo notar que o Juiz Municipal que hoje faz a abertura dos testamentos, procede como Provedor dos Residuos, e os que não têm semelhante attribuição não podem fazelo. Av.n. 47—de 28 de Julho de 1843, T. de Freitas—*Consol*. art. 1086 e nota, e Rebouças—*Obs*. a esse art. e nota).

Cumpre ainda observar que nestas reducções não se faz preciso a *conciliação*, por ser este acto do officio do Juiz. Assim se tem declarado em Arestos.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com*., Phœbo—Dec. 75, Cordeiro—D*ub*. 3 e 10, Silva Pereira—*Rep. das Ords*. to. 4 nota (*c*) a pag. 363, e nota (*a*) a pag. 788, Mello Freire—*Inst*. liv. 3 t. 5 § 10, Almeida e Sousa—*Acç. Sum*. to. 2 pag. 17, *Notas á Mello* to. 3 pag. 76, 243 e 245, e to. 4 pag. 90, 119 e 215, e Gouvêa Pinto—*Tr. de Testam*. cap. 5 § 1 no fim.

(4) *Testamento per palavra*, i. e., o testamento chamado *nuncupativo*, ou de viva voz.

Para que este testámento seja valido he indispensavel que o Testador enuncie a sua vontade em acto seguido, perante seis testemunhas inclusive mulheres, as quaes o vejão, e conheção o seu estado de são juizo e animo de testar, e comprehendão bem a disposição que o mesmo Testador quer fazer.

« Tambem, diz Coelho da Rocha § 682, se póde testar *nuncupativamente*, se o Testador, por não ter tempo de approvar o testamento, que tinha feito por escripto,

ordenar de seus bens per alguma maneira, não fazendo disso scriptura alguma.

E neste caso mandamos que valha o testamento com seis testemunhas (1); no qual numero serão contadas assi as mulheres como os homens (2), por ser feito ao tempo da morte (3).

Porém convalescendo o Testador da dita doença (1), o tal testamento será nullo e de nenhum effeito (2).

M.—liv. 4 t. 76 § 4.

---

o manda ler á hora da morte perante as testemunhas, declarando ser essa a sua vontade (Voet—*ad Pand.* liv. 28 t. 1 n. 10). »

Com esta doutrina concordão Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 arts. 1802 e 1803, e T. de Freitas—*Consol.* art. 1053 nota 4.

« Não merece o nome de testamento nuncupativo o *dialogo* de uma pessoa com o moribundo, ainda que este responda ás perguntas, que aquella lhe fez, e estejão presentes muitas testemunhas (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 art. 1804).

E no scholio ao § 183 accrescenta :

« O tomar-se por *escripto* lembrança da disposição, ainda mesmo que seja assignada pelas testemunhas, não altera a natureza do testamento (Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 10).

« Pelo contrario : o testamento escripto, nullo por falta de alguma solemnidade, não póde valer, nem reduzir-se, como nuncupativo, uma vez que *não fosse lido* perante as testemunhas, como defende Lobão—*Diss.* cit. §§ 5 e 7. »

(1) *Seis testemunhas.*

Vide notas (3) e (2) ao pr. e § 3 deste tit. Ha porém differença entre a disposição deste § e a dos supra notados; visto como as testemunhas dos primeiros devem er varões, e nas do testamento nuncupativo podem ser comprehendidas — mulheres.

Nos Codicillos bastão cinco testemunhas nos grandes lugares, e nos pequenos trez são sufficientes (Ord. deste liv. t. 86 §§ 1 e 2).

Bem que a Ord. não o diga, como no § precedente, para ser valido o testamento nuncupativo he necessaria a intervenção da autoridade, e por consequencia o respectivo processo perante o Juiz da Provedoria dos Residuos (Av. n. 30 —de 24 de Fevereiro de 1848) com as formalidades do § 3, a saber :

1º—que as testemunhas devem depôr *contestes* sobre o conteudo da disposição.

2º—que o Testador estava no pleno gozo das suas faculdades, e em perigo de vida, não lhe deixando a molestia tempo para fazer por escripto o seu testamento com as solemnidades prescriptas nas Leis, fallecendo da mesma molestia.

Assim o tem admittido a Praxe de longos annos (Portugal—*de Donat.* liv. 3 cap. 16, e Corrêa Telles—*Dig. Port. to.* 3 n. 1798).

Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 1 *Diss.* 3 § 39 diz, que as testemunhas *devem vêr* o Testador no tempo e acto, em que este está testando nuncupativamente, e não basta que de fóra o oução, todas ou algumas dellas. »

« E accrescenta :

« Temos neste Reino um *Aresto*, em que se julgou, que bastava que duas ou trez testemunhas vissem e conhecessem o Testador, quando a camara, em que elle jazia, era apertada, e as mais testemunhas estavão da parte de fóra. Porém esta decisão he diametralmente opposta ao Direito Romano; ao Patrio, que exige a presença e vista physica de todas as testemunhas no acto de testar. »

A contradicção das testemunhas numerarias, ainda de *uma so*, e a falta de qualquer, impede a reducção, e inutilisa a disposição.

Vide o que dissemos na nota (5) ao § 3 deste tit. applicavel á este testamento.

Vide sobre o methodo da reducção destes testamentos, o n. 105 da *Nova Gazeta dos Tribunaes*, assim como o *Novo Advogado do Povo.*

(2) *Assim as mulheres como os homens.*

Vide Corrêa Telles—*Interp.* § 62.

(3) *Por ser feito ao tempo da morte.*

Do que se vê que só os doentes *em perigo de vida* podem testar nuucupativamente. O contrario succedia entre os Romanos.

(1) *Porém convalescendo o Testador da dita doença.*

Cordeiro na *Dub.* 2 de n. 16 em diante procurou sustentar que este testamentos e podia validar em qualquer tempo, doutrina que foi repellida na Casa do Porto por um Aresto citado pelo Dez. João Alvares da Costa, em uma nota, copiada por Silva Pereira—*Rep. das Ords*, to. 3 nota (*a*) á pag. 778, e aqui a transcrevemos :

« No aggravo ordinario do Porto, em Janeiro de 1734, julgamos que o testamento nuncupativo era nullo, se o Testador convalesceu, ainda que feito com testemunhas *varões*, e todas as solemnidades dos mais mais testamentos, *reprovada a opinião* de Cordeiro, como nova, e contra o sentido da Lei; e disse que Negreiros allegado, a quem seguião Manoel Barbosa, e Fragoso—*de Regim.* p. 3 liv. 5 disp. 8 § 2 n. 84, dizião outra cousa. Aggravante Antonio Rodrigues Monte, e Aggravado Joseph Alvares e outros. »

Não obstante esta decisão, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 tit. 5 § 9 em a nota reproduzio a doutrina de Cordeiro, posto que em mais larga escala; e apoiando-se em Barbosa—*com.* n. 5, sustenta a doutrina de que se pode testar estando com saude, doutrina que foi combatida por quasi todos os Juristas posteriores a elle, inclusive o seu commentador Liz Teixeira no *Dir. Civ.* to. 2 pag. 175.

A unica excepção de que temos noticia he a de Pereira e Sousa—*Prim. Lin.* nota 1029, onde este Jurista parece confundir o testamento *olographo* do § 3 com o nuncupativo.

Gouvêa Pinto combate com solidez os argumentos de Mello Freire nas seguintes palavras da nota 62 do cap. 5 § 3:

« Nem póde servir de argumento o não se achar na Ord. Manoelina liv. 1 tit. 76 § 4, e na Aff. liv. 4 tit. 103 § 3 o vers. *Porém*, e dizer-se que fôra accrescentando contra as Leis, e costumes patrios, de que dantes se usava ; porque o Legislador podia muito bem fazer esta nova declaração, muito principalmente encaminhando-se ella ao fim de evitar a multiplicidade de pleitos ; nem as Leis Extravagantes citadas pelo referido Autor podem servir de apoio á opinião contraria, por isso que estas legislarão geralmente, e não derogarão esta Ord. em especial, fallando ella tão claro, nem o deverião fazer.

« Porque se prohibissem fazer Testamento áquelles, que se achão atacados com huma doença perigosa, ou por lhes succeder hum desastre, tempo em que não podem chamar Tabellião para lho fazer, ou approvar, casos unicos em que sómente se póde dispor deste modo, viria a pôr os homens na necessidade de muitas vezes morrerem sem Testamento, por não terem quem lho fizesse, e irem recahir os bens em pessoas, que bem pouco lho tivessem merecido, vindo a morrer com este dissabor.

« E até parece haver contradicção no sobredito Autor em dizer primeiro, que não vale o Testamento *Nuncupativo* depois da molestia, ainda que nelle intervenhão Testemunhas qualificadas ; pois se elle admitte tal Testamento fóra da molestia ; qual ha de ser a razão por que deva valer este, e não aquelle, sendo assistido de Testemunhas qualificadas ? »

Consulte-se tambem a este respeito o que dizem Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 244, e to. 4, *Diss.* 3 § 28, Loureiro—*Dir. Civ. Bras.* (2ª edição) § 361, e T. de Freitas—*Consol.* art. 1053 nota (4).

(2) Parece que nestes testamentos não são admissiveis as *cartas* chamadas *de consciencia* de que trata a Res. de 26 de Junho de 1813, visto como ellas devem ser deixadas a Testamenteiros, e não avulsas, mas contempladas no texto do testamento; e dessa opinião he o annotador do *Tratado de Testamentos* de Gouvêa Pinto nas seguintes palavras:

« Quando o Testador no testamento faz menção de certa disposição commettida em segredo a seu Testamenteiro em *carta* chamada *de consciencia*, incluida e appensa no mesmo Testamento, tal disposição he uma de laração feita em testamento solemne, e portanto tem validade legal ; por ella se commette ao Testamenteiro

TITULO LXXXI.

Das pessoas, a que não he permittido fazer testamento (1).

O Varão menor de quatorze annos, ou a femea menor de doze (1), não pódem fazer testamento, nem o furioso (2). Porém, se não tiver o furor continuo, mas por luas (3), ou dilucidos intervallos (4), valerá, o testamento, que fez estando quieto, e fóra do furor, constando disso claramente: como tambem valerá o testamento, que antes do furor tiver feito. E isto, que dizemos do furioso, se entenderá tambem, no que nasceu mentecapto (5), ou que veio a carecer de juizo por doença, ou qualquer outra maneira (6).

M.—liv. 1 t. 67 § 20.

1. E se o que está em continuo furor sem intervallo, e remissão alguma, fizer seu testamento, tão ordenado (7) como o fa-

---

a execução da vontade do Testador declarada em carta admissivel em Direito, para se não infamar a memoria dos Testadores com a solução patente de certas dividas de consciencia; e seria iniqua e até mesmo injusta a interdicção de certos actos semelhantes, na occasião mais séria e sizuda, em que o Testador consulta os deveres sociaes com os da religião e consciencia.

« No mesmo Direito Commum, onde as ultimas vontades erão sujeitas a tantas solemnidades, em favor dellas forão admittidas semelhantes declarações compativeis com a amplissima liberdade de testar que tinhão os cidadãos: ellas tem o seu assento nas Leis 38, ff. *de Condition. et Demonstr.*, 89 ff. *de Legat.* 2.°, et 25 *de reb. dub.*

« Ficou por isso sendo no Fòro jurisprudencia admissivel, e recebida a declaração do Testador, feita nas chamadas *cartas de consciencia*, julgando-se ellas por cumpridas e executadas com o juramento dos Testamenteiros no Juizo das contas, como se manifesta das opiniões dos escriptores praticos do paiz.

« O meio de evitar a fraude que poderá nascer a respeito da satisfação de legados deve ser o mesmo, pelo qual se julga cumprida no Juizo das contas a vontade do Testador; e vem a ser o juramento do Testamenteiro para declarar se as disposições que lhe forão commettidas em segredo pelos Testadores nas *cartas* chamadas *de consciencia* são meramente deixas e legados, ou restituições e pagas de dividas de consciencia; no primeiro caso deve pagar a taxa; no segundo ser isento, conforme o seu juramento. »

Vide a pag. 514 desta obra a Res. de 26 de Julho de 1813, e o Av. n. 257—de 27 de Setembro de 1859.

Consulte-se sobre esta Ord. Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 778, to. 4 nota (*b*) a pag. 788, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 9 e 11, Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 2 pag. 19, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 244, 245 e 249, e to. 4 pag. 76, 90, 92, 97, 99, 117 e 197.

Será permittido testar de *mão commum* nuncupativamente?

A praxe immemorial que introduzio entre nós (Gama —*Dec.* 231) esta especie de testamentos refere-se tão sómente as primeiras de que trata esta Ord.; mas parece que nenhum obstaculo poderia haver estando emfermos ambos os Testadores.

Estes testamentos se fazem de trez fórmas:

1° O *simultaneo* quando não contém outra circumstancia, senão a disposição de ambos os conjuges *em favor* de terceiros.

2° O *reciproco* (o mais em uso) quando os conjuges se instituem um ao outro, qual delles sobreviver.

3° O *correspectivo*, quando a disposição, ou reciproca, ou em favor das pessoas conjunctas de um, he determinada, expressa ou presumidamente, como em retribuição da disposição do outro conjuge.

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 727 scholio diz o seguinte:

« Na opinião de alguns Praxistas o testamento de *mão commum* he permittido não só aos conjuges, mas tambem *aos irmãos*, que vivem em commum: porém o nosso Praxista Gama—*Dec.* 231, primeiro que entre nós tratou desta doutrina, não faz menção senão dos *entre* conjuges.

O *Codigo da Prussia* p. 1 t. 12 art. 614 tambem só á estes os permitte.

« O testamento *correspectivo*, diz o cit. Lobão (*Notas á Mello*,—*Diss.* 7 § 33), raras vezes se encontrará. Tal seria por ex: aquelle, em que um dos conjuges dissesse que em attenção ao outro o instituir á elle, ou aos seus parentes, elle instituia tambem tal parente deste.

« Talvez pertença tambem á esta classe o testamento *reciproco*, em que se impõe ao sobrevivo a obrigação de deixar os bens, que tiver por sua morte, á certa pessoa. »

Vide tambem sobre esta materia o mesmo Coelho da Rocha no § 728.

(1) Vide Barbosa no *com.* respectivo.

Neste tit. e nos seguintes trata o Legislador das solemnidades internas dos Testamentos, e aqui promiscuamente dos impedidos de testar *natural e civilmente.*

(1) Para fazer testamento he indispensavel capacidade *natural e civil*, e estes pela sua idade já a possuem. Os *impuberes* por ainda não a terem, não podem testar.

Se o testamento he feito antes da puberdade, será valido, se o Testador lhe sobrevive, ou a passa, e o não revoga? Ha disposições terminantes, diz Liz Teixeira, e expressas em contrario, segundo as quaes tambem não convalesce o que fez o furioso, se recupera a saude (*Dir. Civ.* to. 2 pag. 208 § 20).

Os *puberes* sem pai, ou filhos de pais incognitos podem faze-lo, ainda mesmo sem autoridade do respectivo Tutor ou Curador (L. 20 § 1 ff. *de liber. leg.*).

Convém distinguir na *capacidade* a respeito dos testamentos o seguinte. A capacidade *activa* he a que consiste na faculdade de testar, e a *passiva* na de receber heranças ou legados por testamento.

Vide Gouvêa Pinto—*Trat. de Testam.* cap. 10 nota 85, e cap. 12.

(2) *Nem o furioso.*

Vide notas ao § 1 e 2.

(3) *Mas por Luas*, i. e., periodicamente, ou durante a influencia deste planeta.

(4) *Dilucidos intervallos.*

Hoje dizemos, *lucidos* intervallos.

(5) *Mentecapto*, i. e., falto de entendimento.

Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 3 art. 1487 diz que os Mentecaptos não devem testar, em quanto forem conservados em tutella. Restricção que julga util para evitar disputas. Mas a Ord. não faz distincção.

(6) Vide Barbosa nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*d*) á pag. 610, e to. 4 nota (*b*) á pag. 790, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 13 § 4, liv. 3 t. 5 §§ 20 e 37 nota, §§ 47 e 51, Almeida e Souza—*Dir. Emphy.* to. 1 pag. 226, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 563, e to. 4 pags. 59 e 242, Gouvêa Pinto —*Trat. de Test.* cap. 10 notas, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 675, Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 2 pag. 208 e seguintes, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* (2ª edição) §§ 383 e 384.

(7) *Fizer seu testamento tão ordenado.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 994 diz o seguinte:

« Disposições judiciosas não podem ser o producto de um espirito enfermo.

« Sobre as provas da loucura veja-se a nota *supra* aos arts. 311 e 326.

« Não exclue essas provas o dizer-se no testamento, ou instrumento de sua approvação, ter parecido ao Tabellião, e ás testemunhas, que estava o Testador no goso de suas faculdades, mesmo sem arguir falsidade ao testamento (Furgole—*Testam.* cap. 4 n. 209).

« Da fé do Tabellião resulta uma presumpção de Direito, que pode ser destruida por provas em contrario. São escusadas as provas da enfermidade de espirito do Testador, quando pela qualidade das proprias disposições se mostra que não estava o Testador em seu perfeito juizo (L. 27 ff. *de condit. instit.*).

ria hum homem de perfeito juizo, não valerá por isso o tal testamento (1).

2. E se o que tem dilucidos intervallos, fizer seu testamento, e se duvidar se o fez, stando em seu perfeito juizo, deve-se considerar a qualidade da disposição e testamento; porque, se o que nelle se dispoem, he tão rasoado, e feito com tão boa ordem, como o fizera hum homem de são juizo, deve-se presumir, e crêr, que no tempo que o fez estava em seu perfeito juizo. E sendo feito em outro modo, se presumirá o contrario (2).

3. Item, não póde fazer testamento o filhofamilias (3), que he aquelle, que está debaixo do poder de seu pai, e isto de qualquer idade que seja, posto que o pai lh'o permitta, e consinta. Porém dos bens castrenses,ou quasi castrenses (4),poderá livremente dispor, e fazer testamento, ainda que o pai lh'o não consinta, tendo idade legitima (5).

4. Item, o herege, ou apostata (1) não póde fazer testamento,nem o scravo (2), nem nem o Religioso professo (3), nem o pro-

---

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 81, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 20, e Almeida e Souza—*Acç. Sum.* to. 2 pag. 105.

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Phœbo—*Dec.* 79, Mello Freire—*Inst.* liv 3 t. 5 § 20, e liv. 4 t. 16 § 9, e Almeida e Sousa — *Notas á Mello* to. 4 pag. 64.

(3) *Filhofamilias.*

O impedimento creado contra o *Filho familias* qualquer que seja a sua idade, e ainda que o Pai consinta faser testamento, he todo *civil.*

(4) *Bens castrenses e quasi castrenses.*

Vide mais adiante a nota á Ord. deste liv. t.83 § 1.

Esta excepção he fundada no principio de que nestes bens tem o *filhofamilias* pleno dominio, a saber a propriedade, o uso fructo, e administração.

Sendo a Ord. muda á respeito dos bens *adventicios extraordinarios* não tem o filho familias direito para delles testar.

Mas essa faculdade de testar dos bens *castrenses e quasi castrenses* he limitada á terça, pois a legitima pertence aos pais, e deve ficar salva (Ord. deste liv. t. 91 pr.).

Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* no scholio ao § 676 diz o seguinte:

« Quando se permitte aos filhosfamilias testar dos bens livres, entende-se da *terça*, porque as outras duas partes pertencem a seus paes, como herdeiros necessarios. Não podem testar dos *adventicios*, ainda que sejão *extraordinarios*, não obstante pertencer-lhes a propriedade de taes bens, *pr.* Inst. *quib. non est permiss. facer. test.*, por ser por Direito Romano tolhida a facção testamentaria activa a todas as pessoas, que não são *sui juris* ou *patresfamilias*. O *Codigo Civil Francez art.* 904 sómente permitte ao menor, depois de chegar á idade de dezeseis annos, testar de ametade dos bens, de que poderia dispor um maior: e isto sem fazer distincção de filhofamilias, nem na qualidade dos bens: outros Codigos sómente lhe consentem testar, tendo dezoito annos.

« Por Direito Romano fazia-se mister a capacidade civil do Testador assim ao tempo da disposição, como depois até a morte; porque se o seu estado se mudava, o testamento ficava irrito L. 6 § 5 D. *de inj. rupt.* Entre nós só no caso da condemnação se verifica esta especie: o testamento feito pelo Religioso antes da profissão val, nem elle o póde depois revogar. Mello liv. 3 tit. 5 § 24.

« Se a mãe fôr preterida no testamento por *seu consentimento*, sustentão Pereira de Castro—*Dec.* 11, e Guerreiro—*de Divisione* liv. 3 cap. 1 n. 18, que he valido o testamento. »

(5) Vide Barbosa nos respectivos *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 476, e to. 4 nota (*a*) á pag. 790, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 3, e liv. 3 t. 5 § 2, e Almeida e Souza—*Proc. Execut.* pag. 222, *Notas á Mello* to. 2 pags. 73, 75 e 222, to. 4 pag. 242, *Obrig.* pags. 40, 41, 272 e 277.

(1) *O herege, ou apostata.*

Loureiro no *Dir. Civ. Braz.* (2a edição) nota 162 no § 384, diz á este respeito o seguinte:

« A citada Ord. liv. 4 tit. 81 § 4 tambem nega o poder de testar ao Herege, e ao Apostata: como porém essa recusa tinha a sua razão sufficiente na qualidade das penas, com que o Legislador punia a heresia, e apostasia, as quaes erão a de morte natural, infamia, e confiscação, segundo a Ord. liv. 5 tit. 1; e como segundo a nossa Legislação propriamente Brazileira, o Herege, isto é, o que sustenta e propaga por factos, ou por escriptos alguma opinião contraria á algum dos dogmas da Religião do Estado, não he, nem póde mais ser punido com outras penas, que não sejão a de prisão por quatro mezes á um anno, e multa correspondente a metade do tempo (Cod. Crim. art. 278); e o Apostata, isto é, o que abandona a Religião do Estado para abraçar outra, não incorre em pena alguma, porque pratica um acto, que lhe he tolerado pelos arts. 5 e 179, § 5 da Constituição do Imperio; he visto que a citada Ord. liv. 4 tit. 81 § 4 está revogada na parte relativa ao Herege e ao Apostata. »

Entretanto em vista da L. de 20 de Outubro de 1823 parece que esta Ord. não se póde reputar revogada, bem que assim se tenha julgado geralmente, conforme a opinião de Loureiro, e de T. de Freitas—*Consol.* art. 993 § 5 nota (2). No mesmo sentido se pronuncia o annotador de Gouvêa Pinto na nota á pag. 108.

(2) *Nem o scravo.*

Parece que permittindo-o o Senhor póde fazer, por isso que a Ord. não oppôz á isto impedimento algum.

Tanto mais quanto, como bem observou Gouvêa Pinto, não são os escravos entre nós olhados como *cousas*, como era entre os Romanos.

O Av. n. 16—de 13 de Fevereiro de 1850 declarou que os bens deixados pelos escravos do Fisco, que fallecem, pertencem á Nação, como senhora dos mesmos, e não a seus parentes; porquanto a Lei que entre nós regula a successão dos bens, *não tem applicação aos escravos*, visto que elles são inhabeis para adquirir, argumento da Ord. do liv. 4 t. 92 pr., e *não podem testar*, Ord. do liv. 4 t. 81 § 4.

(3) *Nem o Religioso professo.*

Chama-se Religioso *professo* o que fez profissão de trez votos de obediencia, castidade e pobreza. Os *Noviços*, que ainda não professarão podem testar, pois comquanto tenhão entrado em Religião, reputão-se *leigos*.

Mas estes se tiverem feito testamento, e depois professarem não podem revogar aquelle acto, que importa testar indirectamente.

Cumpre notar que os bens deixados no testamento do Noviço que professa, são administrados pelo Convento, e são entregues aos herdeiros e Legatarios depois da morte natural do Testador (Gouvêa Pinto—*Trat. de Testam.* nota 89).

Os Religiosos *secularisados* ou *egressos* podem adquirir por qualquer titulo entre vivos ou de ultima vontade na conformidade da Lei da Constituinte Portugueza de 19 de Novembro de 1821, mandada vigorar pela nossa L. de 20 de Outubro de 1823.

Daquella Lei, que revogou a Res. de 26 de Dezembro de 1807, transcrevemos aqui os primeiros cinco artigos que interessão á esta materia:

« 1.º—Da publicação deste Decreto em diante fica concedido aos Clerigos o direito de adquirir, possuir sem limitação de tempo, e traspassar por qualquer modo para outros Clerigos, ou para Seculares, quer por actos entre vivos, quer por disposições de ultima vontade, bens de raiz, allodiaes, foreiros, censiticos, ou de qualquer outra natureza, posto que sejão jugadeiros, reguengos, ou por outro titulo obrigados á Fazenda Nacional, aos corpos de mão morta, ou aos altos Donatarios, comtanto que não prejudiquem direitos por qualquer modo adquiridos.

« 2.º—Os Regulares secularisados poderão adquirir por qualquer titulo entre vivos, ou de ultima vontade,

digo (1), a que he defesa, e tolhida a administração de seus bens, nem outros semelhantes a estes (2).

M.—liv. 1 t. 67 § 20.

5. Item, não póde fazer testamento o mudo e surdo de nascença (3), mas os que ouvem, e fallão com difficuldade poderão fazer testamento (1). E se o que por algum caso, ou doença se tornou mudo e surdo, souber screver, e fizer testamento por sua mão, valerá o tal testamento. E não sabendo screver, fazendo o dito testamento por mão d'outrem, valerá o tal testamento, impetrando para isso nossa licença (2).

M.—liv. 1 t. 67 § 20.

6. Item, qualquer pessoa, que por sentença fôr condenada á morte natural (3), não póde fazer testamento; e se o fizer, não valerá cousa alguma (4). E posto que em qualquer tempo antes da dita condenação o tenha feito, tanto que fôr condenado, logo o tal testamento perde toda sua virtude, e he por Direito de nenhum vigor (5),

---

sem prejuizo da legitima devida aos herdeiros necessarios; mas nunca puderão succeder *ab intestato* emquanto houver parentes chamados pela Lei, ou conjuges, de maneira que sómente venhão a excluir a successão do Fisco.

« 3.º—Os Regulares secularisados poderão dispôr de todos os seus bens por qualquer modo em favor de quem lhes approuver ainda em vida de seus Pais, e ascendentes.

« 4.º—Quando porém os Regulares secularisados não tiverem disposto de seus bens, serão succedidos *ab intestato*, com os outros Cidadãos, por seus parentes segundo a ordem da vocação da Lei.

« 5.º Os Regulares translatos para alguma Ordem Militar, gozarão de todos os direitos, que competirem aos individuos dessa Ordem, excepto o da successão *ab intestato*, que lhes fica sómente nos termos do art. 2.º»

Os Breves para os Religiosos nestas condições herdarem e testarem estão sujeitas ao Beneplacito Imperial, e ao sello (D. n. 347 e 355—de 17 e 26 de Abril de 1844 art. 31).

As limitações impostas ao Clerigo pela Ord. do liv. 2 t. 18 §§ 5 e 7 de perderem para a Corôa os bens que legassem a Igreja, ou Mosteiro, ou pessoa Ecclesiastica, estão revogadas pela mesma Lei da Constituinte Portugueza supracitada no art. 1º.

(1) *Nem o prodigo.*

Mas para isto he indispensavel sentença do Juiz passada em julgado que o sujeite a tutella (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 art. 1493).

Mas o Prodigo, que fez testamento antes de interdicto, bem póde depois revoga-lo. Assim pensa Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 3 art. 1503.

Ferreira Borges nas suas *Insituições de Medicina Forense* pag. 319 nota (*a*), julga *insustentavel* esta disposição, porque suppõe que a penalidade imposta, não he tão sómente ao *Prodigo* judicialmente condemnado como tal.

T. de Freitas na *Consol.* art. 993 nota (1) acha tambem esta disposição *bem injusta*, mas não exára os motivos.

(2) *Nem outros semelhantes a estes.*

Nestas condições se acha o que testar por medo, ameaças, violencia, engano, suggestões dolosas, etc. Assim como o que estivesse dominado de algum accesso de ira ou odio (*ab irato*).

A nullidade do testamento neste ultimo caso depende de duas circumstancias:

1º que a ira fosse *violenta*, i. e., tál que privasse o Testador do livre uso da sua razão.

2º que além de violenta fosse *injusta*, i. e., não provocada pelo desherdado, por seus máos costumes, ou irregular procedimento, com offensa do Testador.

3º que a *ira* fosse o *unico motivo da disposição*, e não razões de amizade, ou gratidão entre o Testador e o instituido herdeiro.

Vide Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 4, *Diss.* 2 § 43 e 44, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 675 scholio, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 383 nota 160.

Consulte-se tambem sobre esta Ord. Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) a pag. 790, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 1 § 12, e liv. 3 t. 5 § 20 e 24, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 270, to. 4 pag. 243.

(3) *O mudo e surdo de nascença.*

Hoje que os individuos nestas condições aprendem a ler e escrever, parece que se torna inapplicavel para esses a nossa Lei, visto como, segundo a razão da mesma Lei, podem taes surdos-mudos expressar sua vontade por meio da escripta.

Entretanto a letra da lei, que neste caso luta com o seu espirito, he muito positiva excluindo os surdos-mudos de nascença do direito de testarem.

Vide Ferreira Borges—*Inst. de Medicina Forense* cap. 12, secç. 5, que partilha idéas identicas ás nossas.

(1) Neste caso tambem estão os *cegos*; ainda que segundo os Praxistas (Coelho da Rocha *Dir. Civ.* § 675 n. 7) os atacados desta enfermidade só podião testar nuncupativamente, ou por escripto em testamento aberto com mais uma testemunha (L. 8 Cod. *qui testam. fac. poss.*, Barbosa no *com.* ao pr. desta Ord. e Codigo da Prussia p. 1 t. 12 arts. 26 e 113).

Entretanto temos duas decisões da Relação da Côrte (5 de Novembro de 1861), e do Supremo Tribunal de Justiça (28 de Fevereiro de 1862), julgando que os cegos podem fazer testamento cerrado ou mystico (*Rev. Jur.* de 1862 a pag. 46).

Vide Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 art. 1492.

(2) *Impetrando para isso nossa licença.*

Não havendo quem hoje dê esta licença, por não estar contemplada na Lei de 1828, ficará o surdo-mudo por doença privado da faculdade de testar?

Parece que subsistindo a razão da lei, maxime se esse surdo-mudo *souber ler*, ainda que não *saiba* escrever, não se deveria priva-lo dessa faculdade, ficando sem nenhum valor as palavras supra notadas.

Consulte-se sobre esta Ord. Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 656, nota (*a*) a pag. 657, e nota (*a*) a pag. 658, e to. 4 nota (*b*) a pag. 790, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 20 e Almeida e Sousa —*Notas á Mello* t. 4 pag. 156.

(3) *Morte natural.*

Pela mesma razão por que os hereges e apostatas não estão inhibidos de fazer testamento, tambem os *condemnados á pena ultima* não estão, diz T. de Freitas, porque não ha, nem pode haver *servidão de pena*, ou *morte civil.*

« Foi, continúa o mesmo Jurista, uma inadvertencia fallar-se em *morte civil* no art. 157 § 3 do Codigo do Commercio, imitando-se o Cod. Com. de Portugal.

« He de lastimar que as obras de Coelho da Rocha e Liz Teixeira propaguem semelhantes doutrinas.»

Furtado nas notas ao *Trat. de Testam.* de Gouvêa Pinto cap. 10 a pag. 113, diz o seguinte:

« O condemnado á morte, ainda pelos crimes exceptuados, *parece a alguns*, que pode fazer testamento de todos os bens que possuir, sem limitação alguma, visto os principios hoje vigentes com os quaes se encontrão as disposições da Ord. citada (a presente). »

Na nota ao cap. 7 da mesma obra a pag. 72, referindo-se á Ord. deste liv. t. 83 § 2 a respeito do Soldado condemnado á morte, sustenta que tendo cessado entre nós a pena de confiscação de bens, inherente aos crimes em que, segundo o antigo Direito, dava-se a *servidão da pena*, ou a perda de direitos de pessoa, tal servidão não existe entre nós, e portanto menos podem subsistir as consequencias.

Comtudo por mais attendiveis que sejão os motivos em que se baseão estas opiniões, o disposto nesta Ord. não se pode abalar, porque não temos lei positiva que annullar possa o seu effeito.

(4) Mas, segundo Silva Pereira nas notás ao *Rep.*, he indispensavel que o réo esteja preso, do contrario he valido o testamento; e assim tambem he a respeito dos bens que possuir fóra do territorio do Estado.

(5) Chama-se á este testamento *irrito.*

assi como se nunca fosse feito: porque a condenação o faz servo da pena (1) em que he condenado, e por conseguinte he privado de todos os actos civis, que requerem auctoridade do Direito Civil, assi como he o testamento. E pelo conseguinte os bens dos taes condenados vem a seus herdeiros, ou a Nós (2), segundo nossas Ordenações, e disposição de Direito.

Porém, considerando Nós acerca disto, por nos parecer cousa muito grave, e em alguma maneira contra a humanidade, porque a pena corporal por qualquer delicto que seja dada, he para a Justiça satisfactoria, e para o bem da alma não deve haver tanto lugar, que o que cada hum para salvação della, e remissão de suas culpas ante Nosso Senhor, póde fazer de seus bens, lhe seja em todo tolhido (posto que por assi ser á morte condenado, por servo da pena deva ser havido), por este respeito, e principalmente pelo havermos por serviço de Deos, e bem de muitas almas, cujos corpos por Justiça padecem, queremos que quaesquer pessoas que por Justiça houverem de padecer, possão fazer seus testamentos, para em elles sómente tomarem suas terças (3), e disporem dellas, distribuindo-as em tirar Captivos (4), casar orphãs, fazer esmollas aos Hospitaes, mandar dizer Missas, e para concerto, e refazimento dos Mosteiros, e Igrejas.

E em outras algumas cousas, e despezas não poderáõ distribuir as ditas terças. Porém, isto não haverá lugar nos que forem condenados por crime de heresia, treição ou sodomia (5).

M.—liv. 5 t. 94.

TITULO LXXXII.

Quando no testamento o pai não faz menção do filho, ou o filho do pai, e dispõem sómente da terça (1).

Se o pai, ou mãi fizerem testamento, e sabendo que tem filhos, ou filhas, tomarem a terça de seus bens (2), e a deixarem a quem lhes aprouver, ou mandarem distribuir depois de suas mortes; como fôr sua vontade, postoque no testamento não sejam os filhos expressamente instituidos (3), ou desher-

---

(1) *Servo da pena*, i. e., o que ficava privado de actos civis, e perdia todos os direitos constitutivos da pessoa.

Por essa servidão que infamava o condemnado, e transmittia essa deshonra aos seus descendentes e ascendentes, tambem privava-o dos seus bens, que erão devolvidos ao Fisco.

(2) Não havendo hoje a pena de confisco (Const. art. 179 § 20), os bens do condemnado á morte passão a seus herdeiros naturaes, e somente ao Fisco nos casos permittidos por Lei.

Por esse mesmo art. e § 20 a infamia do condemnado não passa de sua pessoa, e não alcança aos seus descendentes e ascendentes.

(3) *Terças.*

O direito de testar da terça por um respeito aos principios religiosos do Legislador Portuguez, aliàs dominado pelas doutrinas do antigo Direito Romano, que mantinha a penalidade da *servidão da pena*, destruidora da personalidade do delinquente condemnado, reduzindo-o á escravidão e portanto á classe de cousa; não podia estender-se aos delinquentes dos crimes notados no fim do §, reputados, conforme a Legislação antiga, de extrema gravidade, e por isso os réos erão indignos de um tal favor.

(4) *Tirar captivos*, i. e., resgatar, remir Christãos, presos ou escravisados por Mahometanos e Mouros.

(5) *Heresia*, *traição* ou *sodomia*.

O primeiro crime hoje não he punido, antes he tolerado.

O segundo, a *traição* contra o Estado e suas instituições, he punido no Cod. Crim. com as penas do art 68 e seguintes.

O terceiro he tolerado, e não punido se fôr praticado *em particular*, e em publico tem as penas do art. 280 do Cod. Crim. As penas são insignificantes.

Por esta apreciação se pode aquilatar o criterium das duas Legislações.

Vide sobre esta Ord. Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) e (*c*) a pag. 571, notas (*a*) e (*b*) a pag. 572, to. 4 nota (*b*) a pag. 659 e notas (*a*) e (*b*) a pag. 786, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 5 § 10, liv. 2 t. 1 § 4 e t. 6 § 2, e liv. 3 t. 5 § 24, Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 2 pag. 105, *Notas á Mello* to. 2 pag. 11 to. 3 pag. 265, e to. 4 pag. 226 e *Obrig.* pag. 276 e 277, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 384 nota 162.

(1) Vide Barbosa no *com.* e Gouvêa Pinto—*Trat. de Testam.* cap. 11.

Esta Ord. como a precedente trata das solemnidades *internas* dos testamentos em relação á disposição e distribuição dos bens do Testador.

(2) Se o Testador, diz T. de Freitas, não dispozer da sua *terça*, ou della não disposer em sua totalidade, os herdeiros necessarios a accumulão as suas legitimas, ou o que restar (Ord. deste liv. t. 91 § 1, Valasco—*de Part.* cap. 17 n. 2, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 349).

(3) *Não sejão os filhos* expressamente *instituidos*.

Estas expressões estão de accordo com as seguintes mais abaixo—*posto que dellas não faça expressa menção.*

Destas palavras deduzem alguns Jurisconsultos o argumento de que, ao revez do Direito Romano, o testamento entre nós era valido, não havendo *expressa* instituição de herdeiro. Mas sendo esta disposição um remedio á falta de instituição expressa, a regra era o contrario.

Por esta causa Almeida e Sousa nas *Notas á Mello* to. 4 *Diss.* 8 sustenta que para a validade dos testamentos conforme a nossa Legislação, he requisito *substancial* a formalidade da instituição de herdeiro.

Pelo contrario Mello Freire, Corrêa Telles, Coelho da Rocha, Liz Teixeira, Loureiro, e T. de Freitas sustentão que *hoje* tal requisito não he condição *essencial* para a validade de testamento.

Eis como Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 693 scholio defende a sua opinião que nos parece mais aceitavel do que a de Almeida e Sousa:

« O systema testamentario do Direito Romano assenta sobre os dous principios fundamentaes: 1º que a instituição expressa de um ou mais herdeiros universaes he da essencia dos testamentos, de maneira que na falta della o testamento he nullo, excepto se poder valer como codicillo, § 34 Inst. *de legat.*: 2º consequencia do primeiro, que ninguem pode morrer parte *testado*, e parte *intestado*, excepto os Soldados; e portanto á succesão da mesma pessoa não podem concorrer os herdeiros legitimos e os testamentarios.

« Este systema foi seguido pelas Ordenações, como se vê especialmente do liv. 4 t. 83 § 3 e t. 86 pr.; e na conformidade delle escrevêrão os Praxistas antigos até á reforma Josephina.

« Porém o uso, que a Lei de 18 de Agosto de 1769 mandou fazer do Direito Romano, unicamente quando fosse conforme com a razão, e os principios lançados no preambulo da outra Lei de 9 de Setembro do mesmo anno, onde se acha expressamente proscripta a regra

dados (1), mandamos que tal testamento valha, e tenha effeito(2). Por quanto pois, tomou a terça de seus bens no testamento, e sabia que tinha filhos, parece que as duas partes (3) quiz deixar aos filhos, e os instituio nellas posto que dellas não faça expressa menção, e assi devem ser havidos por instituidos herdeiros, como se expressamente o fossem, em favor do testamento (4).

M.—liv. 4 t. 70 pr.

1. E dispondo o pai, ou mãi em seu testamento de todos os seus bens e fazenda, não fazendo menção de seu filho legitimo(5), sabendo que o tinha, ou desherdando-o, não declarando a causa legitima, porque o desherda, tal testamento he per Direito nenhum, e de nenhum vigor, quanto a instituição (1), ou desherdação nelle feita; mas os legados conteúdos no dito testamento, serão em todo o caso firmes e valiosos(2), em quanto abranger a terça do Testador (3),

---

de que ninguem podia morrer parte testado, e parte intestado, e estabelecido o favor da successão legitima, vierão mudar a opinião, e formar outro systema conforme com o das nações modernas: o qual foi já seguido por Mello cit. § 29, e por Gouvêa Pinto—*Trat. dos Testam.* cap. 11.

« Lobão *a Mello na Diss.* 8, não se atrevendo a fixar decididamente a mesma doutrina, comtudo vem de alguma maneira a coincidir nella, em quanto desde o § 11 enumera alguns casos, em que os testamentos subsistem sem instituição expressa, e principalmente quando no § 31 sustenta o testamento, onde os bens se achão todos distribuidos em legados. A Ord. liv. 4 t. 82 pr. contém uma especie de testamento valido sem instituição.

« Alguns impugnão o argumento, que della se deduz, suppondo neste caso a instituição tacita. Se admittimos essa presumpção, porque a não havemos de suppôr em todos os outros testamentos sem instituição expressa, a favor dos herdeiros legitimos?

« Na verdade no Direito Romano aquellas duas maximas são consequencia uma da outra, e tão connexas, que uma se não pode proscrever, sem destruir todo o systema: pois como os Romanos somente dizião herdeiro aquelle, que succede *in universum jus defuncti*, e que em tudo fica representando a pessoa deste, se se permittisse concorrer á successão o nomeado no testamento com o legitimo, o primeiro não succedia *in universum jus*, não era rigorosamente herdeiro; e então admittir-se-hia um testamento sem instituição.

« Portanto a reprovação expressa da maxima *pro parte testatus*, e *pro parte intestatus*, que se acha no preambulo da Lei de 9 de Setembro, veio revogar a necessidade da instituição, e todo o systema das Ordenações, que se fundava nessas maximas, e que o Legislador não podia ignorar. E supposto que grande numero dos §§ desta Lei forão suspensos pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, nesta suspensão não foi comprehendido o preambulo, nem por conseguinte os principios geraes, que nelle se contém.

« Como todos combinão em que taes disposições valem, senão como testamentos, ao menos como codicillos, a questão vem quasi a ser de nome, e sem importancia na pratica. »

(1) *Ou desherdados.*

Vide Ord. deste liv. t. 88, e notas.

(2) « Nesta parte, diz Coelho da Rocha, § 691 scholio, a Ord. desviou-se do Direito Romano, segundo o qual todo o testamento, em que os filhos erão preteridos, podia annullar-se pela querella *inofficiosi*. »

(3) *As duas partes.*

He o que se chama *Legitima*. Vide Coelho da Rocha —*Dir. Civ.* § 349 usque 352.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Pereira de Castro—Dec. 78, Mello Freire—*Hist.* § 126, e *Inst.* liv. 2 t. 6 § 3, e liv. 3 t. 5 § 32 nota, e § 40 nota e § 41, t. 7 § 4, e t. 8 § 4, e Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 1 pag. 24, *Dir. Emph.* to. 1 pag. 157, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 451, to. 3 pag. 297 e 304, e to. 4 pag. 334, 342 e 348, e *Obrig.* pag. 190 e 297, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 349 e 371.

(5) *Filho legitimo.*

Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 2 n. 487 diz o seguinte:

« Os *perfilhados* tambem não podem querelar do testamento de pai ou mãi, ainda que sejão desherdados (Carvalho—*de Testam.* p. 1 n. 536, e *add.* de Phœbo—Dec. 176 n. 18). »

No to. 3 art. 1579 ainda he mais explicito:

« Os filhos *bastardos* ainda que, tendo sido perfilhados, possão succeder *ab intestado* ao pai que os perfilhou, comtudo se este os preterir no testamento, não podem querelar delle por *inofficioso* (Netto—*de Testam.* liv. 2 t. 4 n. 22, e França e Mendes—p. 2 liv. 1 cap. 2 § 1 n. 7, e to. 2 pag. 3). »

A mesma opinião sustenta na *Doutr. das Acç.* § 130 nota (4) nas seguintes palavras:

« A preterição do filho natural, ainda que peão, não annulla a instituição paterna; pode somente pedir a sua legitima (Valasco—*Cons.* 94 n. 11, e Guerreiro—*Tract.* 2 liv. 1 cap. 3 n. 38). »

Consulte-se tambem Pegas—*com.* to. 2 pag. 11.

Na *Interp.* § 34 o mesmo orrêa Telles exprime-se por esta forma, citando os mesmos Juristas:

« A equidade permitte, que o filho natural do peão preterido por seu pai possa querelar do testamento paterno por *inofficioso;* mas não soffre, que elle annulle inteiramente o testamento paterno, porque assás he que elle haja a legitima, da qual o pai natural o não podia privar. »

E o bastardo para nestes casos reclamar a legitima, he mister que seja filho natural de mulher solteira, sem impedimento de casar, como bem definio o Av. n. 180 —de 13 de Julho de 1849.

Perdigão Malheiros no Com. á L. n. 463—de 2 de Setembro de 1847 q. 18 diz que o filho natural *reconhecido* pode querelar do testamento do pai, *como o podia* pela Legislação anterior a nova Lei (de 1847), referindo-se a Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 22 § 196 n. 2. Mas este Jurisconsulto não faz a distincção que apresenta Corrêa Telles, pois das expressões:—*tudo como os filhos legitimos*, se vê que colloca o filho natural nas condições do legitimo, o que não he exacto.

O mesmo Perdigão Malheiros na qu. 26 sustenta que, pela L. cit. de 1847, o nascimento do filho natural, quando reconhecido, não rompe o testamento do pai, opinião pouco harmonica com a da qu. 18.

Vide tambem Gouvêa Pinto—*Trat. de Testam.* cap. 13 nota 103.

(1) *Quanto á instituição.*

Estas palavras presuppoem a necessidade de *instituição* de herdeiro.

O Ass. n. 308—de 20 de Julho de 1780 declarou, que instituido o marido em testamento feito antes, porém aberto por morte da Testadora depois da L. de 9 de Setembro de 1769, fica valendo a instituição em quanto á terça, mantendo portanto o que dispõe esta Ord.

(2) Se os legados forem deixados ao proprio filho, preterido na herança, o testamento fica totalmente sem vigor (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (a) á pag. 316).

(3) *Terça do Testador.*

Chama-se *terça* a terça parte dos bens moveis, immoveis, disponiveis, e direitos e acções, que o Testador possuir na epocha da sua morte.

Esta quota dos bens só se julga apurada depois de paga a despeza do enterro e funeral, que sahe do cumulo da herança, assim como as dividas passivas (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 arts. 1674, 1682 e 1683).

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 695 scholio diz o seguinte:

« Pelo Direito Romano a Lei *Falcidia* concedia ao herdeiro instituido a faculdade de levantar sempre livre a quarta parte da herança (*dodrans*), descontando-a, se fosse possivel, nos Legados. L. 1 pr. ff. *ad legem Falcidiam.*

« Pelo Senatusconsulto Trebellianico foi este mesmo favor concedido ao herdeiro fiduciario, que tinha de

assi e tão cumpridamente (1), como se o testamento fosse bom e valioso per Direito (2).

M.-liv. 4 t. 70 § 1.

2. E declarando o pai, ou mãi em seu testamento a causa, ou razão, por que desherda seu filho legitimo(3), se o herdeiro instituido no testamento quizer haver a herança, que nelle lhe foi deixada, deve de necessidade provar a causa e razão, por que o filho foi desherdado, ser verdadeira, segundo no testamento foi expressa e declarada, e que he legitima e sufficiente para o filho por ella poder ser desherdado. A qual provada, ficará o testamento bom e valioso, e o herdeiro instituido haverá essa herança(1), que lhe foi deixada, sem outro embargo.

E não provando elle a causa da desherdação ser verdadeira e legitima, ficará o testamento nenhum, e haverá o filho toda a herança do pai, ou mãi, se a quizer haver. Porém pagará os legados (2) conteúdos no testamento pelo modo sobredito(3).

M.-liv. 4 t. 70 § 2.

3. Porém, se o pai, ou mãi ao tempo, que fez testamento, tinha algum filho legitimo (4), e crendo que era morto(5), não fez delle menção no testamento, mas dispoz, e ordenou de todos os seus bens e fazenda, instituindo outro herdeiro, em tal caso o testamento será nenhum, não sómente quanto á instituição, mas tambem quanto aos legados nelle conteúdos(6).

M.-liv. 4 t. 70 § 3.

---

restituir a herança deixada em Fideicommisso. L. 1 § 20 ff. *ad Senatusconsultum Trebellianicum.*

« Lobão na *Diss.* 9 ás *Acç. Sum.* pretendeu sustentar o uso destas Leis entre nós, contra o voto geral de todos os Praxistas. »

(1) *Assi e tão cumpridamente.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 1010 nota diz o seguinte:

« Procede o disposto nesta Ord. em todos os casos de ter excedido o Testador as forças de sua terça, ou as legitimas sejão fraudadas no todo ou em parte, ou haja instituição de herdeiros estranhos, ou a herança ou terça seja distribuida em legados.

« Se as legitimas são fraudadas no todo (he a hypothese de nosso texto), e os herdeiros prejudicados tem direito de exigil-as, por inteiro; se são fraudadas em parte, tem elles direito de exigir supplemento (L. 30, 34 e 36 Cod. *de inoff. testam.*). Em ambos os casos as disposições testamentarias só prevalecem dentro das forças da terça, e portanto devem ser reduzidas.

« Como reduzil-as, se forem dous ou mais os beneficiados ou legatarios? Rateia-se por todos proporcionalmente o *deficit* das legitimas, a menos que o Testador tenha declarado que alguns sejão satisfeitos com preferencia, descontando-se nos outros em primeiro lugar. Tal he a solução de Lobão—*Obrig. Recip.* § 405, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 ns. 1660 e 1661, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 352, e do *Cod. Civil Francez* arts. 926 e 927.

« Essa solução generica, posto que semelhante á da Ord. liv. 4 t. 65 § 2 (*Consol.* art. 141) não he satisfactoria. Cumpre distinguir entre legados de cousas fungiveis e não fungiveis, por outra, entre legados de corpos certos e de cousas indeterminadas ou quantidades. Os legados de corpos certos não entrão em rateio com os outros legados para reparar o desfalque das legitimas fraudadas. Assim opina Pothier—*Traité des donat. testam.* cap. 48 § 5.

« As *legitimas* tambem podem ser defraudadas pelo modo que ver-se-ha na nota e art. 1142, por doações do marido á mulher, arts. 139 e 142 *Consol.* por legados de alforria, nota ao art. 1131 infra, e pelos dotes ou doações que os ascendentes tenhão em vida feito aos descendentes arts. 1197 a 1204 *infra.*

« Pelos mesmos modos o Testador pode fraudar a meação do conjuge sobrevivente.

« He applicavel a disposição do nosso texto na parte em que declara *validos* os legados que couberem na terça, quando o Testador, tendo deixado alguns legados, institue herdeiro para o remanescente.

« Esse herdeiro do remanescente he um legatario, se o Testador tem instituido herdeiro para os dous terços ou outra parte de seus bens. »

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 93, nota (*a*) a pag. 497, e to. 3 nota (*d*) a pag. 104, nota (*a*) a pag. 316, e nota (*b*) a pag. 779, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 3, e liv. 3 t. 5 § 38 e 53, e t. 11 § 25, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 2 pag. 184, *Notas á Mello* to. 3 pag. 340, e *Obrig.* pag. 193.

(3) *Desherda seu filho legitimo.*

Vide Ord. deste liv. t. 88 *in totum.*

Desherdando o Avô o filho, não pode excluir o neto, filho do desherdado (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*e*) a pag. 696, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 art. 1578).

(1) Cumpre notar que em quanto o herdeiro instituido prova as causas da desherdação, ficão os bens em poder do filho desherdado, porque tem em seu favor a lei e a presumpção em contrario (Gouvêa Pinto—*Trat. de Testam.* cap. 17 nota 121).

(2) *Pagará os legados.*

Chama-se *Legado* uma somma ou certo corpo da herança, que o Testador manda dar a determinada pessoa; a qual por este facto se chama—*Legatario.*

Quando o objecto dado he para o fim de entregar-se a outra pessoa depois de passado certo tempo, ou após a morte do *Legatario*, chama-se ao legado *fideicommisso*, e ao que tem de fazer a entrega *Fideicommissario.*

Vide sobre os *Legados*, Gouvêa Pinto—*Trat. de Testam.* desde o cap. 35 a 41, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 de n. 1687 a 1769, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 688, 695, 704 usque 712, Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to 2 t. 7 *in totum*, Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* (2ª edição), to. 2 tit. 8 de § 410 a 435, e T. de Freitas—*Consol.* em differentes artigos.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 318, e nota (*c*) a pag. 779, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 3, e liv. 3 t. 5 § 45 e 47, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 324 e 339, e *Obrig.* pag. 216, 218, 219 e 221.

(4) *Filho legitimo.*

Vide nota (5) ao § 1 deste titulo.

(5) *Crendo que era morto.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 1014 nota exprime-se por esta forma:

« Como os filhos *naturaes* são herdeiros necessarios de sua mãi (art. 1006 *supra*), pode-se dar o caso de a preterirem por não a conhecerem em razão de terem sido baptisados como filhos de uma *incognita.*

« Será applicavel neste caso a cit. Ord. do liv. 4 t. 82 § 3, se a maternidade fôr provada em Juizo para o effeito de julgar-se a nullidade do testamento na instituição, e nos legados ?

« Nos casos que esta Ord. pode comprehendsr ha uma questão de facto que vem a ser a supposição do *fallecimento* dos herdeiros necessarios; e a quem incumbe a prova deste facto? Ao herdeiro instituido ou ao herdeiro necessario preterido?

« He fora de duvida que a cit. Ord. procede, ainda que os legados sejão *alforrias*, quero dizer, que roto o testamento não prevalecem as alforrias nelle deixadas. »

Esta ultima parte da nota não pode admittir-se em vista do que se disse na nota (3) á Ord. deste liv. t. 80 rub. *in fine.*

Vide mais adiante nota ao § 5 deste tit.

(6) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) a pag. 318, nota (*a*) a

4. E tudo o que acima dito he, quando o pai morre deixando filhos (1), haverá lugar, quando faz testamento, e morre sem filhos e lhe ficam netos, ou outros descendentes (2). E isso mesmo haverá lugar, quando o filho, ou neto, ou outro descendente fallecer, e fizer testamento em cada huma das maneiras sobreditas, sem deixar descendentes, e tiver pai, mãi, ou outros ascendentes (3).

M.—liv. 4 t. 70 § 4.

5. Outrosi, se o pai, ou mãi ao tempo do testamento não tinha filho legitimo (4), e depois lhe sobreveio (1), ou o tinha, e não

---

pag. 780, to. 4 nota (*b*) a pag. 792, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 48, e Almeida e Sousa—*Seg. Lin.* to. 1 pag. 348, e *Notas á Mello*—to. 3 pag. 301 e to. 4 pag. 240.

(1) *Filhos.*

Gouvêa Pinto no *Trat. de Testam.* cap. 13 nota 103, diz o seguinte:

« Debaixo desta palavra *filhos* neste lugar, se comprehendem os filhos, netos e netas, nascidos, ou por nascer, ou emancipados, e todos estes de qualquer idade, ordem, grão, ou sexo devem ser instituidos, ou desherdados nomeadamente, tanto pelo Pai, como pela Mãi, de maneira que sendo estes preteridos, ou desherdados sem se declarar a causa, ou com injuria, se torna nullo o testamento, valendo comtudo os legados que couberem na *terça* parte dos bens do pai Testador. Ord. liv. 4 t. 82 § 1 e 4, cuja Ord. dispõe quasi o mesmo que ordenou Justiniano na L. ult. Cod. *de liber. preter.* § 5 da Inst. *de exherd. liber. Auth. ex causa* Cod. *de Lber. præter.* Novella 115 cap. 3. »

(2) Vide Gouvêa Pinto—*Trat. de Testam.* cap. 7 nota 106 onde diz o seguinte:

« *E isso mesmo*; o que tem applicação a respeito dos pais e mãis ascendentes, o não dos irmãos, porque ácerca destes temos a Ord. deste liv. t. 91 § 1, que diz que onde houver ascendentes *não herdará* o irmão; e só no tit. 90 § 1 se concede ao irmão poder fazer revogar o testamento do irmão, sendo preferido por pessoa torpe, vil e de máos costumes; entretanto que no principio da Ord. citada se estabelece que o irmão *pode* desherdar seu irmão sem declarar a causa por que o desherda, e que se entende desherdado, não fazendo menção delle no testamento. »

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 11, Cordeiro—*Dub.* 17 n. 46, Silva Ferreira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) a pag. 502, to. 3 nota (*a*) a pag. 696, nota (*b*) a pag. 697, e to. 4 nota (*b*) a pag. 780 e notas (*a*), (*c*) e (*d*) a pag. 792, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 42, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 300 e 306, e *Obrig.* pag. 193.

(4) *Filho legitimo.*

Vide notas (5) ao § 1 deste tit., assim como ao § 3.

T. de Freitas na *Consol.* art. 1015 nota diz o seguinte:

« Tenho por evidente que esta Ord. procede quando ao Testador sobrevem um filho *natural*, que elle reconhece em forma legal.

« Mas depois da Lei (Perdigão—*Com.* á L. de 2 de Setembro de 1847, qu. 26) parece que não pode haver duvida em responder pela *negativa*, por quanto, se o filho natural não pode succeder ao Pai sem que por este se ache devidamente reconhecido, he evidente que para a successão a sua existencia *não data* da concepção ou nascimento, e sim exclusivamente *do acto do reconhecimento*; cessando por isso totalmente o fundamento e presumpção de Direito, e a disposição da Ord. liv. 4 t. 82 § 5, que de nenhum modo se pode mais applicar a tal filho.»

« He manifesto o engano desta solução, porque no caso do testamento roto pela superveniencia de filhos *nada importa* a epocha da concepção ou do nascimento, e portanto tambem não importa a epocha do reconhecimento do filho natural que sobreveio ao Testador.

« O effeito da citada Ord. verifica-se depois do fallecimento do Testador, e vem a ser o mesmo ter este deixado filho legitimo, ou filho natural reconhecido legalmente.

« Teria havido confusão com o outro caso dessa Ord. liv. 4 t. 82 § 5, que he o do filho *posthumo*? Não podemos acreditar, uma vez que este outro caso he impossivel a respeito do filho natural reconhecido. Havendo reconhecimento, o pai *sabia* da existencia do filho; e o segundo caso da Ord, he que o pai *não sabia.* »

(1) *E depois lhe sobreveio.*

Refere-se o Legislador ao filho *posthumo.*

Barbosa no *com.* n. 2 diz que se o posthumo nascer *monstro*, ou aborto, não rompe o testamento, e o mesmo succede se logo fallecer, não determinando epocha, referindo-se a Cardoso—*in Praxi* verbo *Testamentum*, e a Caldas—*Cons.* 39 n. 3 nas suas *Questões Forenses.*

Corrêa Telles na *Interp.* § 91 diz que seria conveniente que entre nós se adoptasse a L. 13 do *Touro* na Hespanha, que reputa *abortiva* a criança que não durar viva 24 horas depois do nascimento. E justifica esta disposição porque, com effeito essa lei parece conforme ao bom senso, pois segundo o juizo dos Peritos he certo que um aborto pode nascer com signaes de vida, e só então se não reputa aborto quando dá todos os signaes, de que a sua vida pode ser duradoura (Foderé—*Medecine Legale* to. 1 pag. 306 § 317).

Ferreira Borges nas suas *Inst. de Medecina Forense* cap. 7 pag. 169 diz o seguinte:

« Mas para que um filho possa reputar-se haver addido uma herança, ou adquirido direitos de successão acontecidos no intervallo do seu nascimento á sua morte, não basta que nascesse *vivo*, he necessario além disso que fosse *vital.*

« Aquelle que não estava concebido no instante da abertura ou acontecimento de uma successão ou herança, não tem acção a titulo de herdeiro. Mas o féto, que está no seio da Mãi, succede nos direitos que a esse tempo lhe podem acontecer, como se fosse nascido. Esta possessão ou adquisição civil he todavia meramente provisoria, e só tem effeito nascendo *vivo* e *vital.*

« A vida momentanea de uma criança quando sua mãi morre antes della, produz quasi sempre grandes effeitos na familia. A's vezes desarranja a ordem das successões *ab intestato;* outras vezes annulla um testamento (Ord. do liv. 4 t. 82 § 5); outras opéra a revocação de uma doação *entre vivos* (Ord. do liv. 4 t. 65 pr. e § 5). Mas para que a vida de um infante opere todos estes effeitos, he necessario que vindo á luz seja *vital.* »

Em França tambem se exige para successão a condição de *vitalidade* do posthumo (art. 725 do Codigo Civil), provada por Peritos.

Vide Gouvêa Pinto—*Trat. de Testam.* cap. 13 nota, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 20 § 170 n. 21 e seguintes, e Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 2 t. 8 § 39 a pag. 271 e seguintes.

Convém muito na apreciação do reconhecimento ou agnição do posthumo attender as differenças que ha entre o testamento *roto, e nullo*, por quanto no primeiro caso o testamento fica inteiramente sem vigor, inclusive os legados, porque o Testador ignorava que sua mulher estavá de esperanças, mas no segundo, isto he, sabendo o Testador desta circumstancia, o testamento em vez de *roto* he *nullo* por preterição do herdeiro necessario; mas neste caso os legados que couberem na terça subsistem. Tambem se chama á este testamento *injusto* e *inofficioso*, por isso que tambem offende os officios da piedade e relações de sangue.

Sobre a epocha em que o posthumo tem de nascer com vitalidade consulte-se Guerreiro—*de Divisione* liv. 1 cap. 2 de n. 33 a 44, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 661, onde se lê a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa, sobre se a doutrina desta Ord. tem applicação tanto na preterição do posthumo, ignorando ou não o Testador.

« *Ad* § 5, ibi: *e depois lhe sobreveio;* nota per præteritionem posthumi corrui testamentum *nato* posthumo, *etiam* quoad legata, ita est *Auth.* ex causa; et Ord. supra (82) § 1, non procedat in agnitione posthumi præteriti (Vide *de materia* Ribeiro Netto, etc.).

« Unde cum *Auth.* ex causa, et Ord. § 1 *supra* non procedant in præteritione *ignoranter* facta, videtur dicendum, posthumum etiam ignoranter præteritum,

era disso sabedor(1), e he vivo ao tempo da morte do pai, ou mai, assi o testamento, como os legados nelle conteúdos são nenhuns e de nenhum vigor (2).

M.—liv. 4 t. 70 § 5.

TITULO LXXXIII.

Dos testamentos dos Soldados, e pessoas que morrem na guerra (3).

Pelos trabalhos e perigos da vida, a que os Soldados se offerecem por a defensão da Republica, com razão se lhes concedem per Direito muitos privilegios, principalmente na disposição de suas ultimas vontades (1).

O que nestes Reinos muito mais deve haver lugar por o muito serviço, que a Deos Nosso Senhor e a Nós fazem as continuas guerras, que em muitas Provincias de Asia e Africa temos com os inimigos da nossa Sancta Fé Catholica (2).

1. Portanto, postoque per Direito steja introduzido, que nenhum filhofamilias, possa fazer testamento, ainda que lho seu pai consinta: o filhofamilias que Soldado fôr, poderá livremente testar dos bens castrenses, ou quasi cástrenses (3). E isto se entenderá, daquelles Soldados, que tem legitima idade de quatorze annos para fazer testamento; por que, se algum menor de quatorze annos fosse Soldado, ou tivesse na Milicia algum Officio, ou dignidade, não poderia por isso testar (4).

2. E sendo stabelecido per nossas Ordenaçoes (5), que os condenados á morte natural não podem fazer testamento, mais que da terça parte de seus bens, que lhe permittimos para certas obras pias: se hum Soldado fôr condenado á morte natural por algum delicto, poderá fazer testamento livremente de todos os seus bens cas-

---

per suam agnitionem non annullare testamentum; quod etiam Ord. ista videtur sentire in § 5, dum solummodo *in filio nato* distinguit casum ignorantiæ, ibi: *e não era disso sabedor*: quæ verba solum referuntur ad verba, ibi: *ou o tinha*.

« Verius, et æquius tamen est, quod præteritio posthumi scienter facta testamentum *non reddit nullum* quo ad legata intra tertiam Testatoris (ex Gomesio, etc.). Et sustinetur; et *ita judicavit* Senatus, et facit Pegas—*Forens.* to. 1 cap. 8 n. 12.

« Utrum autem præterito posthumo ignoranter valeat legata *ex clausula codicillari*? Vide ultra relatas per Barbosam ad hanc Ord., § 1 n. 6, etc.

« Utrum autem facta præteritione ignoranter, valeat legatum per agnitionem posthumi? Dic, *quod non*, ex Julio Claro, Gomesio, et Tiraquello *supra*; et sic intelligenda est hæc Ordinatio.

« Utrum autem præterito scienter, aut ignoranter, valeat legatum relictum personæ conjunctæ? Dic, quod *semper valet* (Mantic.—*de Conjecturis* liv. 9 t. 10 à n. 4, etc.). »

Almeida e Sousa nas *Notas á Mello* to. 3 tit. 5 § 39, faz identicas distincções ás desta notã, quanto ao posthumo gerado *na epocha* do testamento, e do posteriormente gerado. No primeiro caso o testamento he *nullo*, mas subsiste a terça, e no segundo fica *roto*, revalidando-se somente morrendo o posthumo em vida do Testador.

(1) He o caso do § 4 por outra forma.

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 661, nota (*b*) a pag. 780, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 89 e 48, e Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 1 pag. 23, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 300, 341, 342 e 434.

(3) Vide Barbosa no *com.* respectivo, onde diz que os Medicos, Cirurgiões, Notarios, e familiares dos Militares em campanha gozão dos mesmos privilegios. Da mesma sorte quaesquer outros empregados civis que se achem funccionando no Exercito em campanha.

Este privilegio foi concedtdo aos Soldados em razão dos perigos da guerra, e não por motivo de sua impericia, por isso que fóra de perigo e em quarteis de inverno, o testamento deve ser feito com as formalidades exigidas na Ord. deste liv. t. 80. Notando-se que o privilegio destes testamentos só aproveita morrendo o Testador na campanha, ou se não morreo, dura o seu effeito por espaço de um anno, se deixar o Exercito por meios regulares e sem nota.

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 684 scholio diz o seguinte:

« Estas disposições da Ord. tem por fonte o Direito Romano no titulo *de militari testamento*. O Codigo Civil Francez, e o da Sardenha exigem, que a disposição seja recebida por um Official militar, e assignada por este, por uma testemunha ao menos, e pelo Testador, excepto se elle não podér, declarando-se isto mesmo. Sendo em territorio nacional só pode aproveitar este privilegio indo o Testador em expedição, ou estando em praça sitiada, ou em lugar, cujas communicações se achem cortadas. O Codigo da Prussia p. 1 t. 12 art. 177 regula-o ainda com mais mindeza. »

Consulte-se tambem a nota 67 do cap. 7 do *Trat. de Testam.* de Gouvêa Pinto.

O testamento *maritimo* tambem he privilegiado, sendo feito a bordo de um navio em viagem, estendendo-se o privilegio aos Officiaes, marinheiros e passageiros. A sua validade depende da presença de duas testemunhas que assignem com o Testador, se elle podér, e ser recebido pelo Escrivão do navio ou Capitão, ou primeiro Official do navio; e sendo estes os Testadores, pelos seus immediatos.

Mas se o Testador não morrêo no mar, deixa o testamento de ter vigor, a menos que não desembarque em porto onde não possa testar em forma ordinaria, mas neste caso somente por espaço de trez mezes.

(1) Vide nota supra.

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 11 § 14, e liv. 3 t. 5 § 15, e Almeida e Sousa—*Seg. Lin.* to. 3 pag. 525, *Notas á Mello* to. 2 pag. 251, to. 3 pag. 242, e to. 4 pag. 81.

(3) *Castrenses e quasi castrenses.*

Os primeiros são os bens adquiridos na guerra ou na Milicia, e os outros pela profissão das letras, e por doações regias, ainda que a Ord. deste liv. t. 98 § 5 os considera *adventicios*, em opposição á do tit. 97 § 10.

Chamão-se bens *profecticios* os que o filho herda de seu pai ou mãi, ou avós em successão directa; e *adventicios* os adquiridos por esforço proprio, ou herdados por successão não directa.

Os bens da legitima materna considerão-se na classe dos *adventicios*, mas a Ord. deste liv. t. 97 pr. denomina-os *profecticios*.

Os bens *adventicios* tambem se dividem em *regulares* e *irregulares* ou *extraordinarios*, sobre tudo aquelles, a que se nega usufructo ao pai.

Vide Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 187, 188, usque 190 § 6, 10 e seguintes.

Mas não pode fazê-lo dos bens *adventicios* extraordinarios, posto que nelles tenha o filho direito (Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 476, e nota (*a*) a pag. 477, e to. 4 nota (*a*) a pag. 791, e Valasco—*Cons.* 108 n. 35).

Barbosa no *com.* á Ord. deste liv. t. 81 § 3 e Caldas opinião pela affirmativa.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 506, e *Obrig.* pag. 66.

(5) Vide Ord. deste liv. t. 81 § 6 e notas.

trenses (1), como se condenado não fôra, e com o mesmo privilegio ácerca das solemnidades, que se requerem para testar, que antes da sentença tinha. O que se entenderá, quando o seu Capitão, ou o Juiz, que a sentença der, lhe reservar e declarar nella (2), que possa dispor de seus bens, e fazer testamento (3).

3. E se hum Soldado instituisse alguem por herdeiro em huma propriedade, ou outra cousa, he visto morrer *ab intestado* no restante de sua fazenda, e succeder-lhe-hão os que lhe houveram de succeder, se não fizera testamento, por ser concedido per privilegio aos Soldados, que possam morrer em parte com testamento e em parte *ab intestado* (4).

4. E se o Soldado instituir hum por herdeiro dos seus bens castrenses, e outro dos bens, que não são castrenses, entender-se-ha serem duas heranças. E por tanto as dividas, que fez o Soldado, stando na guerra, pagar-se-hão pelo herdeiro dos bens castrenses: e as dívidas, feitas fóra da guerra pagará o herdeiro dos outros bens, que não são castrenses.

E da mesma maneira, se se devesse alguma cousa a hum Soldado por razão dos bens castrenses, e outra por razão dos não castrenses, cada herdeiro cobrará o que por respeito da sua herança lhe couber.

Porém, se os bens castrenses não bastassem para pagamento das dividas feitas na guerra, ou os outros bens não castrenses para pagamento das outras dividas, e o herdeiro de huns dos bens não quizesse aceitar a herança, o outro herdeiro dos outros bens, que aceitar, será obrigado pagar todas as dividas, ou deixar todos os bens aos credores, para por elles se pagarem (5).

5. Os Soldados, quando vão em suas Companhias para a guerra, ou stão no Arraial, podem fazer seu testamento com duas testemunhas sómente, homens, ou mulheres, per que se prove, como lhe ouviram o que disposeram, ou lho viram screver, com tanto que as ditas testemunhas sejam chamadas para o tal acto (1).

E stando no conflicto da batalha, podem fazer testamento de palavra (2), ou per scripto (3), aindaque seja no chão com a espada, ou nos scudos, ou nas spadas com o sangue das feridas, ou em qualquer outra cousa, com tanto que se prove com as ditas duas testemunhas, como os fizeram ainda que não sejam chamadas (4), mas se achem acaso ao fazer dos testamentos (5).

6. E os testamentos, que os Soldados fizerem no Exercito, ou conflicto da batalha, confórme ao privilegio militar, não tendo as solemnidades, que o Direito no testamento dos que não são Soldados requere, não terão vigor mais que morrendo elles na guerra, ou dentro de hum anno, depois de serem despedidos della, sendo a despedida (6) honesta e necessaria, e não por erros, ou culpas suas. O qual anno se não estenderá aos nossos Officiaes, que no Exercito tem Officios, aos quaes, durando a guerra, mandarmos successores nos Carregos, por que os taes não se chamam despedidos (7).

7. E se algum Soldado, que pelo pri-

---

(1) *Castrenses.*

Vide nota (1) ao § 1 desta Ord.

(2) Sem esta declaração o privilegio deixa de subsistir.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) a pag. 688.

(4) Sendo este um privilegio do Soldado de morrer parte *testado* e parte *intestado*, já se vê que os que não gozavão deste privilegio não podião testar de seus bens, e não testar de outros.

Mas depois da L. de 9 de Setembro de 1769 no seu preambulo ficou este direito competindo a todos, visto que ahi se diz que o morrer em parte intestado, e em parte testado são *ficções* do Direito Romano. He esta a commum opinião, exceptuando Almeida e Sousa.

Entretanto não sabemos como das palavras do preambulo de uma Lei suspensa pelo D. de 17 de Julho de 1778, se pode reputar revogada disposição tão positiva como a da presente Ord.?

Vide nota (3) ás Ord. deste liv. t. 82 pr.

Consulte-se Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords* to. 4 nota (*c*) a pag. 687, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 32 nota, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum* to. 2 pag. 183, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* to. 2 § 371 nota 183.

(5) Vide sobre esta disposição Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 notas (*a*) e (*b*) a pag. 688, e Almeida e Sousa—*Obrig.* pag. 271, 277 e 278.

(1) *Sejão chamadas para o tal acto.*

Cordeiro—*Dub.* 6 n. 11 declara que se nos testamentos privilegiados a rogação das testemunhas he indispensavel, ainda mais he nos communs ou sem privilegio.

Loureiro no *Dir. Civ. Braz.* to. 2 § 358 nota 149 opina diversamente dizendo o seguinte:

« A citada Ord. § 5 emquanto exige expressámente que as testemunhas do testamento *militar* feito em ida para a guerra, ou no arrayal, *sejão chamadas* para o tal acto, confirma a regra geral em contrario a respeito das testemunhas do testamento *civil*, ou paisano, feito em circumstancias inteiramente diversas daquellas, em que se achão os que vão para a guerra, ou estão no arrayal, sendo por isto que se faz *necessaria* a rogação das testemunhas, para lhes prender a attenção, e excitar-lhes a reminiscencia no futuro sobre o que ouvirão ao Testador.

» No mais a dita Ord. cingio-se ao Direito Romano, segundo o qual a forma do testamento militar consistia propriamente em não ser sujeito a forma alguma: *Faciant* igitur testamenta, quomodo volunt; faciant, quomodo poterint: sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas Testatoris. L. 1 ff. *de testam. militar.* »

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*c*) a pag. 688.

(2) *Per palavra*, i. e., nuncupativamente.

(3) Per *scripto*, i. e., o testamento olographo.

(4) *Ainda que não sejão chamadas.*

He este o segundo caso desta Ord. No primeiro he indispensavel que as testemunhas sejão rogadas, e no segundo basta que se *achem ao acaso* (Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 4 nota (*a*) a pag. 689).

(5) Vide Barbosa no respectivo *com*, Cordeiro—*Dub.* 5 de n. 8, e *Dub.* 6 n. 10, 11, 12 e 26.

(6) *Despedida*, i. e., baixa militar.

(7) *Despedidos*, i. e., com baixa, licenciados.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) a pag. 690.

vilegio militar fez testamento, e morreu dentro do anno da Milicia, pôz alguma condição a seu herdeiro, que se não cumprio dentro do dito anno, sempre o testamento valerá, até se a condição cumprir, ou faltando a condição, não valerá o tal testamento (1).

8. E do privilegio de testar, concedido aos Soldados, gosarão outrosi quaesquer pessoas, postoque Soldados não sejam, que no Exercito se acharem, stando em terra de inimigos: mas os testamentos, que fizerem, não serão validos, se não morrendo elles na batalha (2).

9. E todos os testamentos, que os Soldados fizerem fóra do Exercito, ou expedição e conflicto da guerra, em suas casas, ou em outra parte, serão feitos com a solemnidade, que o Direito requere nos testamentos dos que não são Soldados.

E por tanto os que temos postos em Presidios, ou Fortalezas, e os moradores, e fronteiros (3) dos lugares de Africa, não gosarão do dito privilegio de testar sem as solemnidades, que o Direito requere: salvo se os Soldados dos ditos Presidios e Fortalezas stiverem de cerco, ou em conflicto de batalha; porque em taes casos poderão fazer seu testamento da maneira, que acima dissemos, que o podem fazer os outros Soldados (4).

TITULO LXXXIV.

Dos que prohibem á algumas pessoas fazerem seus testamentos, ou os constrangem a isso (5).

Mandamos que toda a pessoa, que impedir á outra de fazer testamento, ou outra qualquer ultima vontade per força, ou engano (6), que lhe faça per si, ou per interposta pessoa, sendo herdeiro, que pretender succeder *ab intestado*, seja havido por indigno (7), e perca para a nossa Corôa toda a

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) a pag. 691.

(2) Daqui se vê que todas as pessoas que não forem da Milicia só gozão do privilegio de testar militarmente estando no Exercito em terra de inimigos, e morrendo os Testadores no campo da batalha.

Vide o § 6 supra.

(3) *Fronteiros*, i. e., Soldados de presidio nas fronteiras do Paiz.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) a pag. 691, e nota (*a*) a pag. 692, Valasco—*Cons.* 104, e Phœbo—p. 2 *Dec.* 189.

(5) Vide Barbosa no respectivo *com.*

(6) Vide Ord. deste liv. tit. 88 § 13.

(7) *Indigno.*

Bem que hoje em vista da Const. art. 179 § 20 que abolio a pena de confisco de bens, a *indignidade* não acarrete a imposição daquella pena, e portanto para exclusão da herança não haja differença entre *indignos* e *incapazes*, comtudo contemplaremos aqui essas differenças definidas pelos Praxistas antigos, para conhecimento dos que se dedicão ao estudo da Jurisprudencia; porque ainda hoje aproveitão na prova e liquidação do direito á herança.

Assim o *indigno* differe do *incapaz*, em que este não pode nem por momento adquirir e haver a herança, legado ou outros bens; em cujo caso a instituição ou deixa se tem por não escripta, e a herança ou legado se devolve ao co-herdeiro, ao co-legatario, ou ao herdeiro substituto escripto, ou legitimo, segundo as regras ordinarias da successão.

Pelo contrario o *indigno* adquire, realiza, e radica em si a successão, e retem os bens, os direitos e acções com ella connexos, até que se lhe proponha acção em forma legal com plena discussão, e somente passada a sentença em julgado he que se executa (Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) a pag. 287).

Mas se o indigno he ao mesmo tempo *incapaz*, prevalece a razão da *incapacidade*, sendo a herança ou legado, devolvidos ao co-herdeiro ou co-legatario, segundo as regras da successão (Portugal—*de Donat.* liv. 3 cap. 33 n. 29).

Os bens adquiridos pelos *indignos* por successão erão denominados *erepticios* (Ord. do liv. 2 t. 26 § 19 e t. 35 § 22, Ass. de 17 de Novembro de 1791, e Alv. de 2 de Dezembro do mesmo anno).

Gouvêa Pinto na nota 263 ao cap. 42 § 9 diz o seguinte:

« Sobre a differença que ha de *indignidade* a *incapacidade*, veja-se Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* § 171, posto que a applicação do que elle ahi estabeleceu, tirado de differentes autores se deva fazer com critica para o uso do nosso Fôro; pois ainda que em regra o que he deixado ao *indigno* se applique ao Fisco, e o que he ao *incapaz* se defira aos herdeiros *ab intestado*, todavia tal regra tem varias limitações que se achão pelo corpo de nossas Leis: e assim reputa ella *incapazes*:

1º—Os *estrangeiros* (Sem vigor, em vista de differentes Tratados e principios admittidos em nossa moderna Legislação).

2º—Os *Religiosos professos* (vivendo em communidade claustral, conforme a Ord. do liv. 4 t. 81 § 4 e L. de 12 de Maio de 1778).

3º—Os *Cavalleiros de Malta* (sem uso).

4º—Os *Corpos de mão morta* (salvo havendo dispensa das Leis de amortização).

5º—A *alma.*

6º—O *filho espurio* (salvo sendo reconhecido).

7º—Os que nos testamentos escrevem heranças ou legados para si e seus filhos.

8º—As *Concubinas.*

9º—Os *condemnados* por crimes de Lesa Magestade divina ou humana, e seus filhos (disposição hoje sem vigor quanto aos filhos, em vista do art. 179 § 20 da Const.), como tudo se pode ver em o cit. autor desde o § 147 até 185, dos quaes todos já tratámos no lugar competente; ahi vimos e se mostrará melhor adiante que falha a regra estabelecida por Almeida e Sousa no que he deixado ao Religioso, ainda egresso, ou Corpo de mão morta, que pertence á Corôa, e não aos herdeiros legitimos.

« Por *indignos* reputa elle desde o § 185 até o 242, além dos que declara a nossa Ord., e ficão apontados:

1º—O homem que matou outro.

2ª—O que attenta á vida da pessoa a quem devia succeder.

3ª—O herdeiro legitimo ou testamentario que attenta á honra daquelle a quem devia succeder.

4º—O herdeiro que omitte accusar os culpados na morte daquelle a quem devia succeder.

5º—O que argue o testamento de falso, e fica vencido.

6º—O filho que intenta a querela de inofficioso testamento, e fica vencido.

7º—O que dispõe da herança de homem vivo.

8º—O que o Testador declarou *indigno.*

9º—O que he instituido herdeiro pelo Testador na supposição de ser seu filho.

10.—O que cohabitar com a viuva, filha, mãi, ou irmã, daquelle, que o instituio por herdeiro; postoque elle não approve esta causa de *indignidade* por não haver lei que o declare: Porque declarando a Ord. do liv. 2 t. 26 § 19, por *indignos* sómente aquelles que pelas Ords. ou *Direito Commum* se reputão taes, não devemos estender a *indignidade* á outras pessoas.»

Consulte-se sobre os *indignos*, além do Almeida e Souza—*Acç. Sum.* de § 171 em diante, *Notas a Mello* to. 1 § 86 e seguintes, e *Dir. Emph.* to. 1 § 272, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* t. 34 p. 2 § 294.

parte (1), que lhe cabia haver *ab intestado* por fallecimento da pessoa, que assi foi forçada, ou enganada (2).

1. E impedir fazer o testamento, he não sómente tolher ao Testador a faculdade de livremente testar, mas tambem defender ao Tabellião, ou á pessoa que houver de screver o testamento, que não entre aonde o Testador stá, ou as testemunhas necessarias, e chamadas para o tal acto, ou fazer-lhe sobre isso ameaças (3).

2. E se tendo huma pessoa feito já seu testamento, o quizer revogar, e os herdeiros instituidos lho impedirem, o que já tinha feito não valerá cousa alguma, por quanto o Testador teve vontade declarada de o revogar, se se lhe não impedira. E a herança se applicará á nossa Corôa (4), como deixada á pessoas indignas (5).

3. E se querendo alguma pessoa fazer testamento, e deixar a outra por seu herdeiro, ou deixar-lhe algum legado, outro terceiro lho tolhesse com força, medo, ou engano, provando aquelle, que houvera de ser instituido, ou a que se houvera de deixar o tal legado, a dita força, medo, ou engano, e a herança, quantidade, ou cousa, que no tal testamento se lhe houvera de deixar, o que impedio fazer-se o testamento, lho pagará em dobro (1). E o dito testamento não valerá em proveito dos que o tal medo (2), ou engano fizeram (3).

4. E o que dito he ácerca dos que tolhem a outros fazer testamentos, haverá tambem lugar nos que constrangem a alguem com medo, força (4), ou ameaças, que faça testamento, e nelle o institua por herdeiro, ou á quem elle quizer, ou lhe deixe algum legado.

Porém se a mulher tivesse feito testamento, em que não deixasse cousa alguma a seu marido, ou o marido em que outrosi não deixasse cousa alguma a sua mulher por offensas, ou discordias, que entre elles houvesse, e cada hum delles com palavras brandas (5) aplacasse o animo do outro (6), de

---

(1) Esta disposição harmonica com a Ord. do liv. 2 t. 26 § 19, Ordenações da Fazenda cap. 237, Ass. de 17 de Novembro, e Alv. de 2 de Desembro de 1791 foi revogada pelo art. 179 § 20 da Constituição do Imperio.

Outr'ora somente o Fisco era competente para impugnar a herança de um individuo pelo facto da *indignidade* (Portugal—*de Donat.* liv. 3 cap. 29 de n. 13 á 16, e Macedo—*Dec.* 7 de n. 1 em diante, e Almeida e Souza—*Acc. Sum.* to. 1 § 176, e *Dir. Emph.* to. 1 § 272); mas hoje que o Fisco nenhum direito tem á herança do *indigno*, *ex vi* do art. 179 § 20 da Const. compete ao interessado o acciona-lo.

(2) Vide sobre esta Ord. Barbosa no *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 146, to. 3 nota (*b*) a pag. 51, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 28, e t. 11 § 20, e Almeida e Souza—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 182, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 344 no scholio, e § 726 no scholio.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 53, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 28, e t. 11 § 20.

(4) Vide nota (3) ao pr. desta Ord., assim como Pegas—*com.* á Ord. do liv. 3 t. 5 § 5 gl. 7 n. 10, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 52 *in fine.*

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 726 scholio diz o seguinte:

« Ainda que elles (*os indignos*) não percão a herança senão depois da sentença, que julgou a indignidade, restituem comtudo os rendimentos que recebêrão desde a abertura da successão (Cod. da Sardenha art. 710).

« Como hoje não tem lugar o confisco, he claro, que neste caso a herança passa para o herdeiro legitimo; mas se he o mesmo que foi julgado *indigno*, passa para o immediato, *arg.* da Ord. do liv. 4 t. 84: se os immediatos são filhos delle, não pode o *indigno* obter o usufructo da successão (Cod. Civ. Francez art. 730). Os legados particulares deixados á *indignos* cedem em proveito do herdeiro. »

(5) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) a pag. 53, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 28, t. 11 § 49, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 4 pag. 276.

(1) *Pagará em dobro.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 1029 nota, diz o seguinte:

« Como se liquidará semelhante prejuiso ? »

Rebouças nas suas *Obs.* á esta nota exprime-se desta forma:

« Como se liquidará semelhante prejuizo ? Do mesmo modo por que se provar que houve emprego de força, medo ou engano. A mesma Ord. liv. 4º tit. 84 § 3º o diz assim: « E se, querendo alguma pessoa faser testamento e deixar a outra *por seu herdeiro ou legatario*, ou *deixar-lhe* algum *legado*, outro terceiro lh'o tolhesse com força, medo ou engano, *provando aquelle que houvera de ser instituido, ou a que se houvera de deixar o tal legado, a dita força, medo ou engano, e a herança, quantidade ou cousa que no tal testamento se lhe houvera de deixar*, o que impedir fazer-se o testamento lh'o pagará em dobro. »

« E tanto menos difficilmente quanto se teria de proceder a uma liquidação semelhante ás que se seguem ás petições de heranças *ad instar* do disposto na Ord. liv. 3 tit. 66 § 2, e no Ass. de 5 de Abril de 1770; e ainda menos difficil se antolha, comparando-se o objecto dessa liquidação ao de qualquer na generalidade sobre prejuizos, perdas, damnos e lucros cessantes, versando conjecturalmente no que se poderia lucrar e não lucrou, se poderia ganhar e perdeu. »

Com esta observação concordou T. de Freitas.

(2) *Medo.*

Segundo as circumstancias tambem pode ter lugar a acção criminal (Cod. Crim. art. 180).

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords* to 3 nota (*a*) a pag. 51, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 28, t. 11 § 49, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 187.

(4) Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 3. n. 1509 diz o seguinte:

« Reputa-se feito com violencia, e por isso nullo, o testamento de um moribundo, que apenas responde *sim*, ou *não*, as perguntas, que alguem lhe faz, sem outra demonstração da vontade do Testador (Manoz. *de testam. val. et invol.* t. 39. 5, Mello—liv. 3 t. 5 § 28, Lobão—*Diss.* 2 ao liv. 3 de Mello § 37).

(5) *Palavras brandas.*

Convém muito distinguir a solicitação por termos brandos, das importunações, maxime se, sob a capa de brandura, não intervierem o engano, dólo, etc.

Consulte-se Barbosa no *com.* n. 3, Phœbo—*Dec.* 25, e Ag. Barbosa—*Castigat.* n. 277.

(6) *Aplacasse o animo do outro.*

T. de Freitas na sua *Consol.* art. 1029 diz que supprimio por *inutil* a segunda parte deste §, o que foi contestado nas *Obs.* de Rebouças nas seguintes palavras:

« A disposição da 2ª parte do § 4 da Ord. liv. 4 tit. 84 que a nota 3 ao art. 1029 diz que « supprimo por inutil » he esta: —e copiando a Ord. diz:

« Bem se vê, pois, que tal inutilidade não ha em uma disposição, conforme a benevolencia reciproca dos casados e que providencia contra algum desalmado que, faltando a essa excepção expressa, não duvidasse

maneira que viesse a fazer outro segundo testamento, em que o marido deixasse a sua mulher a fazenda, ou parte della, ou a mulher a seu marido, valerá o dito segundo testamento (1).

5. E mandamos que tanto que vier á noticia do Juiz da terra, que ha alguma pessoa, que deixa de fazer testamento por medo de seus parentes; stando doente, ou lho impedem, ou de quaesquer outras pessoas, postoque ninguem lho peça, nem requeira, de seu Officio, vaá casa desse doente, ou impedido, e faça vir hum Tabellião, e as testemunhas necessarias, com os quaes possa o Testador livremente fazer seu testamento(2).

TITULO LXXXV.

Dos que não podem ser testemunhas em testamentos(3).

O Varão menor de quatorze annos não póde ser testemunha nos testamentos(4), nem a femea menor de doze nos casos, em que conforme á Direito as femeas podem ser testemunhas nos testamentos(5); nem pode ser testemunha o furioso (6), nem o mudo e surdo (1), nem o cego (2), nem o prodigo (3), a que he tolhida a administração de seus bens, nem o scravo (4); mas se elle, sendo reputado

---

abalançar-se a comprehender os proprios conjuges na regra geral exposta. Quanto mais que não está no programma da *Consolidação das Leis Civis* supprimir alguma disposição della por inutil. »

Com esta censura não concordou T. de Freitas mostrando que na regra geral de Direito os conjuges estão comprehendidos, porque o dolo e coacção anullão todo o acto juridico; seja quem fôr o auctor de taes vicios.

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* t. 4 nota (c) á pag. 792, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 31, e Almeida e Souza e *Acç. Sum.* to. 1 pag. 187.

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (b) á pag. 54, e Almeida e Souza—*Obrig.* pag. 250.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*

« Este titulo, diz Monsenhor Gordo, parece ter sido formado de novo pelos Compiladores, mas na parte, em que falla dos menores de 14 annos, e escravos, pode ter a sua fonte no Cod. Man.—liv. 4 t. 76 § 3, que se acha compilado no Philippino liv. 4 t. 80 § 3. »

(4) Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (b) á pag. 821.

Ainda que sejão Soldados (Ords. deste liv. t. 83 § 1).

(5) Como no testamento nuncupativo (Ords. deste liv. t. 80 pr. e § 4), e no do Soldado (Ord. deste liv. t. 83 § 5).

Tambem podem ser testemunhas no Codicillo (Ord. deste liv. t. 86 § 1).

Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 3 n. 1806 diz: que as mulheres sabendo ler e escrever devem ser admittidas como testemunhas em todos os testamentos.

Barbosa no *com.* n. 9, 10 e 11 entende que nos testamentos *ad pias causas*, nos entre filhos, póde a mulher servir de testemunha, bem como quando haja duvida sobre a vontade do Testador.

Borges Carneiro n. *Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 214 explica desta forma a origem de tal exclusão entre os Romanos, de onde se extrahio a presente disposição:

« A qual prohibição he resto da antiga solemnidade de se fazerem testamentos nos Comicios reunidos (*Comitia calata*). Strikio—*testam.* cap. 15 § 23. »

(6) *Furioso.*

O *ebrio* por habito tambem se pode considerar neste caso assim como o que na occasião de testemunhar se achar em taes condições.

No mesmo caso está o *dormente*, o somnambulo ou noctambulo.

Vide Ord. do liv. 3 t. 56 § 5, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (a) á pag. 823, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 30 § 259, 260 n. 23 e § 263 n. 7 e seguintes, e n. 18, e Pereira e Sousa—*Prim. Lin.* nota 177.

Consulte-se tambem as notas á Ord. deste liv. t. 81 pr. quanto ao furioso.

O doente de molestia perpetua, grave como a epilepsia tambem não pode ser testemunha (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 32 § 268 n. 7, 13 e 14 e notas).

(1) *Mudo e Surdo.*

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 32 § 269 n. 1 diz o seguinte:

« O Direito Romano classifica os *surdos-mudos* como os doentes de enfermidade perpetua.

« A doutrina que equipara aos dementes os *surdos-mudos* de nascimento, não he geralmente verdadeira: pois a experiencia mostra não ser aquelle defeito corporal incompativel com a integridade do espirito. »

« Por *surdos-mudos* se entendem os que são absolutamente privados de ouvir e fallar; e não os que o fazem com difficuldade (*gago, mouco, surdaster*); mas que comtudo podem ouvir, e fazer-se ouvir sufficientemente. »

Vide Ord. deste liv. t. 81 § 5, e notas; assim como o mesmo Jurisconsulto *loco citato* n. 11 e seguintes, sobretudo no n. 23, e Silva Pereira *com.* á Ord. do liv. 3 t. 56 § 5 n. 4.

Borges Carneiro no § 269 supracitado n. 24 diz: que a prohibição de ser o *surdo-mudo* testemunha e outras, entende-se do surdo-mudo *por nascimento*, e não dos outros, reportando-se á Moraes—*de Execut.* liv. 12 cap. 30 n. 47, e Silva no *com.* supra notado, a Pereira e Souza—*Prim. Lin.* nota 477, e nas *Crim.* nota 347, e á Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 á pag. 656 vb. *Mudo*.

(2) *Cégo.*

No testemunhar dos testamentos he indispensavel o sentido da vista, por isso a exclusão do cégo he *absoluta*, pois nos casos em que este sentido he dispensavel o depoimento do cégo he admittido (Pereira e Souza—*Prim. Lin.* nota 447, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 32 § 270).

(3) *Prodigo.*

A Ord. deste liv. t. 103 § 1 6 e 8, classificou o prodigo como *demente*, usando destas expressões, *sandeu* ou *prodigo*.

Mas pára que um individuo possa ser como tal considerado he indispensável que contra elle haja sentença passada em julgado.

Vide nota (1) á Ord. deste liv. t. 81 § 4 á pag. 910.

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* t. 31 § 264 n. 4 e 5 diz o seguinte:

« *Prodigos* se entendem os que *desordenadamente* gastão e destroem sua fazenda (Ord. deste liv. t. 103 pr. e § 6, e *Rep.* to. 4 nota (a) a pag. 313).

« No que não pode deixar de entrar algum arbitrio do Juiz (Mello—liv. 2 t. 12 § 9). »

Na nota accrescenta:

« O citado Mello restringe a noção de *prodigo* aos que gastão os bens sem fim algum, e como *loucos*; quaes não são os que somente gastão com demasia em liberalidades, e mesmo em vicios. Assim parece exigir o sagrado direito de propriedade, e o perigo de se perturbar a paz das familias, se se der grande extensão ao referido arbitrio do Juiz: e geralmente são hoje por toda a parte raras as curadorias dos prodigos:—« o que comtudo, diz Strikio, não procede de não os haver, mas da negligencia dos Juises »: pois restringindo-se em extremo aquella definição, resultão muitos damnos que as Leis tem querido acautelar (*Rep. das Ords.* to. 1 pag. 768 vb. *Curador*). »

(4) *Scravo.*

Vide Ord. deste liv. t. 80 pr. § 1 e 3 e notas respectivas.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 4 nota (c) a

por livre ao tempo do testamento, fosse nelle testemunha, e depois se achasse ser captivo, não deixará por isso de valer o testamento, pois pelo erro commum (1), em que todos com elle stavam, era tido por livre (2).

1. Item, não póde ser testemunha no testamento o que nelle he nomeado por herdeiro (3), nem os filhos, que tem debaixo de seu poder (4), nem o pai, sob cujo poder o tal herdeiro stá, nem os irmãos do herdeiro instituido, se todos stão debaixo do poder de seu pai (1).

Porém aquelles, a que forem deixados alguns legados (2), pódem ser testemunhas no testamento, em que lhes forem deixados. E assi o poderão ser aquelles, que stiverem debaixo de seu poder (3).

---

pag. 822, reportando-se á Ord. do liv. 3 t. 56 § 11 onde se diz que podem ser testemunhas *todos* os que forem participantes no delicto, pelo qual fôr accusado algum Mouro, ou *Escravo branco*, disposição especial e por consequencia inapplicavel, traz a seguinte nota do Dez. Oliveira:

« Ad verbum—*Escravo branco:* Logo se o escravo fôr *preto* não se admittem por testemunhas os socios; porém o contrario me parece, porque mais vil he o escravo preto, que o branco; e assim quando a Lei diz—ou *escravo branco*, vale tanto como se dissera, *escravo, ainda que seja branco;* facit Ord. liv. 5 tit. 16 § 2, tit. 24 § 1, et tit 62 pr. e § 2. »

Parece que este Magistrado não comprehendêo o alcance desta medida em um paiz como Portugal onde havia abundancia de escravos *brancos* na maxima parte *Mouros*, inimigos irreconciliaveis da nação; e portanto esta medida toda especial e de segurança publica não podia alcançar os escravos pretos.

(1) *Erro commum.*

O erro commum opera tanto como o direito. *Error communis facit jus.* L. 3, ff. *de suppell. legat.*

Razões de interesse publico autorisárão esta maxima, a qual ainda se acha mais roborada com a L. 2 Cod. *de sentent. et interloc.* e a L. Barbarius Philippus 3, ff. *de officio Prætorum.*

Este *Barbario Philippe* era um escravo que fugindo da casa de seu senhor, conseguio, occultando sua condição, fazer-se eleger Pretor em Roma. Não obstante conhecer-se depois sua condição, os seus edictos e sentenças forão reputadas validas pelo *erro commum* dos que solicitavão no seu Tribunal.

Gouvêa Pinto na nota 83 ao cap. 9 § 4 diz o seguinte:

« No caso de ser a testemunha *servo*, mas reputado livre, não deixa de valer por isso o testamento, não porque o *erro commum*, como diz a Ord. citada, faça Direito, mas pela provavel ignorancia do facto, e por que a equidade do Direito parece pedir que subsista um acto que foi tratado em boa fé.

« Do mesmo modo se deve dizer, que o testamento se não confirma, se o menor ou a mulher que fôr chamada para testemunha fingir a idade ou o sexo, ou se o que não fôr Tabellião fôr tido por tal ao tempo da facção do testamento, como diz Gouvêa — *Var. lect.* liv. 1 cap. 6 e Cujacio—*de Obser.* liv. 10 cap. 13 *in fine*; mas he necessario que o Testador não concorresse para tal engano, porque então fica nullo o testamento.

(2) Vide Ord. do liv. 3 t. 56 § 10 e nota, Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 261, to. 4 nota (*a*) a pag. 820 e 823, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 1 § 12 e liv. 3 t. 5 § 11, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 245, e to. 4 pag. 100, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 686, Liz Teixeira—*Dir. Civ.* p. 2 t. 5 § 11 a pag. 180, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* (seg. edição) § 388.

(3) *Herdeiro.* Salvo sendo fideicommissario. Nos Codicillos entendem alguns que pode ser (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to 2 nota (*a*) a pag. 641).

(4) Gouvêa Pinto na sua obra cap. 9 § 4 nota (84) diz o seguinte:

« Note-se que os filhos-familias, os Clerigos e os Frades não são prohibidos por lei alguma de ser testemunhas em testamento, ou escrever os testamentos dos outros: não vale comtudo o legado ou herança que o Testador deixar ao Mosteiro ou Corporação sendo escripto pelo Religioso que a esta pertença; entendendo-se comtudo *só nesta parte* a nullidade do testamento, subsistindo o mais, segundo o Al. de 26 de Março de 1634, ampliado ou declarado pelo de 2 de Março de 1647, e cap. 8 das Côrtes de 1641 e L. de 25 de Julho de 1766 § 1, que se não acha revogada nesta parte, porque confirma o Direito antigo:

« Note-se mais que por esta Lei a herança ou legado deixado aos parentes, dentro do 4º grão, do Clerigo ou leigo que escreveu o testamento por outro, era nullo; porém como esta Lei foi abrogada pelo D. de 17 de Julho de 1778, hoje vale tanto a herança como o legado, se comtudo não houver dólo. »

Almeida e Sousa nas *Notas á Mello* to. 3 pag. 264 contesta Gouvêa Pinto na parte relativa aos Regulares da forma seguinte:

« Diz bem Mello, que os filhos-familias podem ser testemunhas em testamentos (Inst. § 8 *de testam. ordin.*). Diz bem, que os Clerigos o podem ser porque são cidadãos (Pinheiro— *de Testam.* disp. 2 sect. 5 § 4 n. 133 e Ord. de Luiz XV de 1735 art. 42); mas que possão ser os Regulares professos; *eu o nego* mais justamente apezar de o permittirem alguns escriptores (com os quaes Pinheiro—*supra* § 4 de n. 129): porque os Regulares professos morrem para o seculo (L. de 9 de Setembro de 1769 § 10 e 11) não são já cidadãos Romanos; são equiparados a escravos; não podem ser testemunhas em testamentos, nem ainda os Cavalleiros Maltezes: »

A esta opinião de Almeida e Sousa, absurda porque se funda em uma ficção, e n'uma lei revogada, acostão-se Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 2 pag. 189 § 12, Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* (2ª edição) § 388 n. 6 e nota 166 sob o pretexto de que o Religioso he um *morto civil*, porque exerce actos de sua profissão mais restrictamente que o Clerigo.

Que Pombal e os seus Jansenistas o dissessem na Lei de 1769, admitta-se, mas hoje comparar-se o Regular a um *morto civil* he ficção não só absurda, como repugnante á razão do seculo.

Loureiro accrescenta no n. 5 que o estrangeiro, e o Brazileiro desnaturalisado não podem ser testemunhas de testamentos, fundando-se na L. 21 Cod. *de testament.*, he doutrina inadmissivel porque a Ord. o não declara, e as leis restrictivas, como he esta, se não amplião, e não ha necessidade de ir procurar uma lei Romana fundada em razões hoje inaceitaveis.

(1) Gouvêa Pinto no *Trat. de Testam.* cap. 9 § 4 diz: que os irmãos emancipados, a mãi e avó podem servir de testemunhas, os primeiros *à contrario sensu* desta Ord., e as segundas porque não estão excluidas; accrescendo que Barbosa *com.* a sub. n. 9, 10 e 11 entende com outros autores que a mulher pode ser testemunha em qualquer testamento *ad pias causas*, nos testamentos entre os filhos, e tambem em provar a vontade do Testador no testamento do que se duvida.

(2) *Alguns Legados.*

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 686 scholio diz o seguinte:

« Esta Ord. permitte aos Legatarios e seus parentes ser testemunhas: porém admittido o principio que a herança pode ser *toda* distribuida em legados, he consequente excluí-los, e julgar nessa parte *sem uso* a Ordenação. *Cod. Civ. Francez* art. 975, Lobão *á Mello* Suppl. *Diss.* 3 § 38. »

A letra da Ord. he tão positiva que acreditamos não se poder seguir o alvitre deste Jurisconsulto, e menos o de Almeida e Sousa no lugar supracitado.

Vide o que sobre esta materia diz Corrêa Telles no *com.* á Lei de 18 de Agosto de 1769 § 31 combatendo o Jurisconsulto Antonio Fabro.

Alguns Jurisconsultos sustentão que o Legatario não pode ser testemunha no testamento nuncupativo, mas a Ord. não deixa lugar á distincção (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*d*) a pag. 318).

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.* Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 647, e to. 4 nota (*a*) a pag. 824, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 4 pag. 104.

TITULO LXXXVI.

Dos Codicillos (1).

Codicillo(2) he huma disposição de ultima vontade sem instituição de herdeiro (3). E por isso se chama codicillo, ou cedula, per diminuição, que quer dizer pequeno testamento (1), quando huma pessoa dispõe de

---

(1) Vide Barbosa no *com*. respectivo, Gouvêa Pinto—*Trat. de Testam*. cap. 28 e 29, Coelho da Rocha—*Dir. Civ*. § 729, Liz Teixeira—*Dir. Civ*. p. 2 t. 5 § 56 e 57 nota 2 a pag. 371, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz*. to. 2 § 408 e 409.

(2) *Codicillo*.

Gouvêa Pinto na sua obra cap. 28 nota 153, explica a significação e etymologia desta palavra, assim como a origem da instituição, desta forma:

« Note-se que a palavra *Codicillo* entre os Latinos he o mesmo que Epistola, ou Carta, o que se vê não só dos Autores classicos, como Cicero *ad Fam*. 4: 12, e 6: 18, Seneca—*Epist*. 55; mas dos Jurisconsultos se lê na L. 89 pr. ff *de Leg*. 2, L. 41 § 2, ff. *de Leg*. 3, etc.

« Porém propria e rigorosamente significa entre os Latinos Carta pequena ou Bilhete, e chama-se assim como uma diminuição de *Codex*, porque o Testamento era o *Codex* grande, e o Codicillo era como um pequenino testamento: porque, como diz Heineccio, costumavão os Testadores depois de fazerem seus testamentos escrever bilhetes aos herdeiros instituidos, nos quaes ordenavão alguma cousa, como uma especie de advertencia feita aos herdeiros, sem que ahi entrasse alguma cousa que pertencesse á instituição; e por isso vemos disposto no § 2, Inst. *de Cod*. que a herança *se não podia* dar, nem tirar nos Codicillos, o que passou para a nossa Ord. tit. 86 *princ*. »

Continuando aponta a origem da instituição:

« Ora estes bilhetes, ou Codicillos (como diz Heineccio nas suas *Inst*. § 679), antes de Augusto não tinhão validade, e os Testadores não podião pôr obrigação ao herdeiro senão por meio de testamento, e se lh'a punhão, o herdeiro podia não satisfazê-la, por não ser valida.

» Só no tempo de Augusto se concedeu validade aos Codicillos, dando occasião á isto Lucio Cornelio Lentulo, que sendo Consul no seu tempo pelos annos 751 com Marco Valerio Messalino, sendo então mandado Proconsul para a Asia, fez o seu testamento antes de partir, e em que instituio por herdeira sua filha, e lhe dêo por co-herdeiro o Imperador Augusto.

« O Proconsul antes de partir fez varios *codicillos*, ou escrevêo á sua filha e ao Imperador varios bilhetes, nos quaes fazia algumas declarações de legados.

« Ora he certo que pelo Direito estabelecido não havia obrigação de os cumprir; porem o Imperador Augusto propondo aos Jurisconsultos Romanos este caso, i. e., se estava ou não, obrigado á satisfazer os legados, aquelles assentarão que se devião satisfazer como disposições deixadas em modo de testamento, e por não so serem conformes aos principios de Direito Romano, mas muito uteis, principalmente pelas muitas peregrinações que fazião os Romanos; sendo Caio Terbacio, um dos Jurisconsultos que mais se esforçou para isto, como se vê de Heineccio citado e pr. da Inst. *de Cod*., ficando depois admittidos como os Testamentos. »

(3) *Sem instituição de herdeiro*.

He esta a differença que ha entre o codicillo e o Testamento.

Daqui se vê que a instituição de herdeiro era indispensavel no testamento (Vide Ord. deste liv. t. 82 pr. e notas).

Liz Teixeira no *Dir. Civ*. p. 2 t. 5 § 55 diz o seguinte:

« Da-se porem ainda outra differença muito notavel entre estas disposições, e consiste em que, se o testamento contem a disposição da totalidade dos bens, differentes testamentos não podem subsistir ao mesmo tempo em todas as suas disposições, pois que as do segundo, quando as não confirmão, rompem as do primeiro. Os codicillos ao contrario, não contendo mais que disposições ou legados d'alguns bens, podem todas subsistir, em qualquer numero que seja, com tanto que os ultimos não derroguem ou alterem os primeiros. »

Coelho da Rocha referindo-se á esta Ord. no § 729 scholio exprime-se assim:

« A Ord. seguio os principios de Direito Romano, o qual fazia da instituição de herdeiro a differença caracteristica entre testamento e codicillo.

« Segundo o mesmo systema isto pode ter lugar,—ou concorrendo com testamento da mesma pessoa, ou seja anterior, ou posterior,—ou sem testamento. Lobão á *Mello* liv. 3 t. 5 § 56.

« Nós podemos dizer o que escrevia Voet—*and Pandect*. liv. 29 t. 7 n. 5 :—*nostros mores quod attinet, jura codicillorum cum juribus testamentorum* confusa *fere sunt*.

« Admittido o principio de que nos testamentos não he *essencial* a instituição (§ 693), ficão confundidas estas duas especies de disposições: e como pela Legislação moderna, sobre tudo pelo Assento de 10 de Junho de 1817; estão especialmente fixadas as solemnidades dos testamentos, sem ahi se exceptuarem os codicillos; a omissão de qualquer dellas põe em risco a disposição, que appareça com o nome de testamento, quer com o de codicillo. »

Notando as differenças que nesta materia ha nos Codigos Francez, Prussiano, e Sardo, conclue desta forma:

« Entretanto esta incerteza de nossa Legislação pode dar occasião á questões difficeis de resolver. Apparece um testamento sem instituição, mas com a falta de uma testemunha; poderá sustentar-se a sua validade como codicillo? »

Vide nota *infra*.

(1) *Pequeno testamento*.

Coelho da Rocha no *Dir. Civ*. § 729 scholio diz o seguinte:

« He frequente nos testamentos a *clausula codicillar*, enunciada ou em termos especificos—*se não valer como testamento, quero que valha como codicillo*—; ou em termos geraes—*quero que valha por qualquer maneira, que ser possa* —Sobre os effeitos desta clausula entre nós, não concordam os Praxistas.

« O sábio Mello liv. 3 tit. 5 § 57, julga, que por ella se sustenta o testamento nullo por defeito de solemnidades externas, uma vez que tenha as legaes dos codicillos; mas não, se a nullidade provém das solemnidades internas. Lobão *ao mesmo* (Mello) parece ampliar ainda os effeitos desta clausula a sustentar os legados, quando o testamento caduca, ou he nulla a instituição por qualquer causa. Pode-se porém defender, que he inutil e sem effeitos alguns.

« 1.º—Porque nem as Ordenações, nem nas leis posteriores se faz della menção. *O cit. Ass. de* 10 *de Junho*, quando irroga a nullidade dos testamentos, a que faltarem as solemnidades nelle prescriptas, não exceptua o caso da clausula codicillar, o que naturalmente lhe occorreria, se fosse essa a mente do Legislador.

« 2º—Suppondo porem este caso omisso, não podemos seguir o Direito Romano, no qual os grandes effeitos desta clausula partião do principio supersticioso de que era ignominioso *sine hæredi mori*: antes entre nós está sanccionado o outro principio do favor das successões legitimas.

« 3º—Tal clausula he geralmente omittida em todos os Codigos modernos. Finalmente entre nós nos testamentos caducos, ou cuja instituição he nulla, os legados subsistem pela disposição da Lei, e não em virtude de tal clausula, todas as vezes que a mesma lei não declara o contrario, como na Ord. liv. 4 t. 82 § 3. »

A *clausula codicillar* a que se refere Coelho da Rocha no que acima copiamos, era mui familiar entre os Romanos, e assegura Gouvêa Pinto cap. 29 tem ainda lugar entre nós.

Esta *clausula* pode ser *especial* ou *geral*. No primeiro caso o Testador diz :—*quero* que o meu testamento valha ao menos como Codicillo, se não valer como testamento. No segundo o Testador exprime-se assim :—*quero* que o meu testamento valha por qualquer modo que possa valer.

« Alguns Praxistas, diz Gouvêa Pinto na nota 155,

alguma cousa, que se faça depois de sua morte, sem tratar nelle de direitamente instituir (1), ou desherdar a algum, como se faz nos testamentos (2).

1. Os Codicilios ora sejam abertos (3), ou feitos per publico Tabellião (4), ou cerrados (5) com instrumentos de approvação nas costas ou feitos e assignados pelo Testador (6), ou per outra alguma pessoa privada, basta intervirem nelles quatro testemunhas (quando se fizerem), homens, ou mulheres, maiores de quatorze annos, livres, ou por taes reputados (7), em tál maneira, que com o Tabellião, ou com o que o faz, ou com qualquer outro, que o screver (8), sejam cinco testemunhas, comtanto que as testemunhas nomeadas no instrumento de approvação assinem todas (1).

M.—liv. 4 t. 76 § 5.

2. E isto, que dito he, haverá lugar nos Codicillos feitos nas Cidades, Villas e lugares de grande povoação. Mas nos outros lugares de tão pequena povoação (2), em que tão facilmente se não póde achar o dito numero de testemunhas, quer o codicillo seja aberto, quer cerrado, ou feito per palavra (3) ao tempo da morte, valerá com trez testemunhas (4), homens, ou mulheres (5).

M.—liv. 4 t. 76 § 7.

3. E toda a pessoa, que per nossas Ordenações e Direito póde fazer testamento, póde fazer codicillo. E a que não póde fazer testamento, não pode fazer codicillo (6).

TITULO LXXXVII.

Das substituições dos herdeiros (7).

Substituição he instituição de herdeiro

---

disem que tambem ha uma *clausula* que chamão *tacita*, e que se pode deduzir das palavras do Testador, ou que se deduz do costume geral de a pôrem os Tabelliães; porem eu assento que ella se não deve entender *sem se expressar*: e por consequencia não pode haver tal clausula *tacita* e só a *expressa*, geral ou especialmente posta pelo Testador, ou mandada por elle pôr, e declarada por fé do Tabellião, reportando-se á vontade daquelle. »

O geral dos Praxistas sustenta que o effeito destas clausulas he a validade do testamento como codicillo por deficiencia de solemnidades externas, tendo-as as dos codicillos; de sorte que esta não tem a virtude de validar os testamentos nullos por preterição dos herdeiros necessarios, como os testamentos *rotos*, *irritos* ou *destitutos*, ou com testemunhas prohibidas tanto em testamentos como em codicillos.

Outros ·ntendem diversamente taes são entre os Reinicolas Gama—*Dec.* 126 e 196, Pinheiro—*de Testamen.* disp. 2 secc. 11, e Guerreiro—*de Divisione.* liv. 5 caps. 17 e 18.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 509 copiou a seguinte nota do Dez. Themudo:

« *Nota*, que vale como codicillo o testamento, em que o Testador não tratou de instituir herdeiro, ainda que lhe chamasse testamento (Menoch.—*Cons.* 313 n. 20 liv. 4, Gama —*Dec.* 196 n. 1): nem obsta a regra, que se o testamento não vale como testamento, tambem não vale como codicillo, por que procede, quando consta que o Testador quer precisamente fazer testamento; *patet* x L. 1 ibi: *voluit*: ff. *de jur. codicillor.* constabit autem si apponatur directa hæredis institutio: *ita fuit judicatum.* »

Vide Loureiro—*Dir. Civ Braz.* § 409 in fine, e Liz Teixeira—*Dir. Civ.* p. 2 t. 5 § 57.

(1) *Direitamente instituir.*

« Mas, diz Gouvêa Pinto nota 154, pode-se por elle mandar restituir a herança fideicommissariamente Ord. deste liv. t. 87 § 10, dedusida da L. 12, Cod. *de Codicil.* »

(2) Vide Barbosa nos respectivos *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 61. Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 509, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 56, e Almeida e Sousa—*Notas à Mello* to. 3 pag. 354, e to. 4 pag. 224 e 333.

(3) *Abertos.*

Vide Ord. deste liv. t. 80 pr.

(4) Os codicillos tambem podem ser feitos pelos Escrivães dos Juizes de Paz, ou seus juramentados, em vista do que dispõe a respectiva Legislação de 1827 (15 de Outubro art 6) e de 1830 (Res. de 30 de Outubro), e Av. de 1º de Agosto de 1831.

(5) *Cerrados*, i. e., secretos, mysticos, como os testamentos.

Vide Ord. deste liv. t. 80 § 2.

(6) *Feitos e assinados pelo Testador*, i. e., olographos. Vide Ord. deste liv t 80 § 3.

(7) Vide nota (2) a Ord. deste liv. t. 80 pr. á pag. 900, e § 3, et. 85 pr.

(8) Vide nota (4) supra.

O accordão da Relação da Corte de 16 de Fevereiro de 1855, publicado no *Correio Mercantil* n. 85 declarou, que o codicillo não perde a sua validade pelo facto de ter sido escripto por uma das testemunhas, que foi instituida legataria, redusido á publica forma.

Esta Ord. não he explicita quanto aos codicillos *nuncupativos*, mas em vista do que dispõe o § 2 deste tit. e lhes aproveitar a razão que ha para os testamentos (Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 28 nota 153), he evidente que se pode faser codicillos nuncupativos.

Sobre o numero das testemunhas necessarias em taes codicillos, consulte-se Pinheiro—*de Testam.* disp. 2 sect. 10 § 5 de n. 465 em diante. Este Jurista sustenta, contra a opinião de Valasco, que o numero das testemunhas he igual ao dos testamentos, em vista das palavras—*ou ordenar de seus bens por alguma maneira* da Ord. deste liv. t. 80 § 4.

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 1 notas (*a*) e (*b*) a pag. 510, e to. 4 nota (*a*) a pag. 815, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 56.

(2) A Ord. Manuelina do liv. 4 t. 76 § ultimo permittia a mesma dispensa nos testamentos, mas essa parte foi reprovada pelos novos Compiladores da presente Ord.

Almeida e Sousa attribue ao augmento da população que ja tinha Portugal no seculo XVI, a causa de semelhante alvitre.

(3) He o codicillo nuncupativo. Vide nota (8) ao § 1 desta Ord.

Mas estes codicillos são regidos pela regra dos testamentos da mesma especie, não se podendo faser senão ao *tempo da morte.*

(4) *Trez testemunhas.*

Este numero aproveita tambem nos lugares atacados da peste, ainda que sejão grandes cidades (Gama—*Dec.* 81 e 210, Cabedo—*Dec.* 170, e Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 16). Estes Juristas estendem a dispensa nos proprios testamentos, assim como se forem feitos em lugares *ermos*, o que outros contestão.

(5) Vide Barbosa no respectivo *com*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to 1 nota (*c*) a pag. 510, e Almeida e Sousa—*Notas à Mello to.* 3 pag. 254.

(6) São direitos co-relativos.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) a pag. 510, e Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 56.

(7) Vide Barbosa no *com.* respectivo, Pinheiro — *de Testamentis* disp 4, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 de n. 1617 á 1645.

Este titulo, segundo Coelho da Rocha *Dir Civ.* § 713 scholio, foi quasi fielmente copiado do tit. do Digesto—*de vulgari et pupillari substitutione*, e não se encontra

feita (1) pelo Testador em segundo grão (2). E póde ser huma de cinco, que em Direito se chamão *vulgar*, *reciproca*, *pupillar*, *exemplar*, *compendiosa;* as quaes o Direito introduzio (3) para que os Testadores tivessem mais facilmente quem aceitasse suas heranças (1).

Substituição Vulgar.

1. Substituição vulgar póde fazer qualquer Testador ao herdeiro que instituir, e por esta razão se chama *vulgar* (2), e communmente se faz em esta fórma: *Instituo a Pedro por meu herdeiro, e se não fôr meu herdeiro, seja meu herdeiro Paulo.* As quaes palavras: *se Pedro não fôr meu herdeiro*, comprehendem dous casos, por cada hum dos quaes póde acontecer, que o dito Pedro não seja herdeiro: o primeiro, se o não quizer ser (3), o segundo se não poder; e por qualquer delles que aconteça o Pedro, herdeiro instituido, não ser herdeiro, haverá lugar a substituição vulgar, e Paulo substituto haverá a herança do Testador (4).

2. E quando o Testador nomeadamente declarar hum caso só destes dous na subs-

---

nas Ords. Affonsinas e Manuelinas, sendo pela primeira vez coordenado nestas Ordenações.

« Mello, diz o mesmo Jurista, attribuindo o favor, de que por este Direito (o Romano) gosavão as substituições, a sabida maxima dos Romanos *ignominiosum esse sacra privata, vel domestica perire*; e attendendo ao principio dominante da Legislação Josephina, de que se devia antes *favorecer-se* ás successões legitimas; não hesitou em escrever no liv. 3 t. 5 § 55 nota: *è Republica esse* videbatur, *ut substitutionum usus* speciali lege *proscriberetur*.

« Nós, que hoje não somos tão austeros, ainda que não respeitemos a razão da Ord.—*para que os Testadores tivessem mais facilmente quem acceitasse suas heranças*, comtudo entendemos que as suas disposições á este respeito não são dignas de censura. »

O Cod. Civil. Francez no art. 896 prohibe as substituições, ainda que no art. 898 admitta a *vulgar* com outro nome, i. e., o Legislador não reconheceu como substituição o caso em que a herança ou legado he transmittido á um terceiro, e este não a podesse disfructar o que lhe fosse deixado.

Nos arts. 1048 e 1049 o mesmo Codigo authorisou a substituição *fideicommissaria* em dous casos.

1º.—Do pai, que deixa á seu filho alguma cousa além da legitima, para a transmittir aos netos, filhos do mesmo herdeiro.

2º.—Dos irmãos, que, não tendo herdeiros *necessarios*, deixão seus bens á outros irmãos, com a obrigação de os transmittir á seus filhos, sobrinhos do Testador.

Vide tambem Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* (2ª edição) § 401 e scholio.

(1) Waldeck dá da substituição outra definição que nos parece mais completa.

Substituição he a designação, feita pelo Testador, da pessôa, para quem deve passar a herança, ou legado, na falta de herdeiro ou legatario (Coelho da Rocha—§ 713).

Loureiro em sua obra supra citada § 401 dá outra definição, que se acha nas mesmas condições da precedente, aqui a exaramos:

«*Substituição* he a nomeação de outro herdeiro directo para o caso, em que o herdeiro instituido em primeiro lugar não venha a ser, por que não quer, ou por que não pode. »

As substituições podem-se reduzir a duas classes: as *directas* para os casos em que o herdeiro nomeado não chegue a acceitar a herança, ou falleça no estado de pupillo, ou demente: e as *compendiosas* ou *fideicommissarias* quando se designa aquelle para quem devem passar os bens por fallecimento do herdeiro, que *acceitou* a herança.

(2) *Segundo grão.*

Geralmente, diz Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (c) à pag. 696, costumão os Doutores definir, do segundo e *mais grãos*.

(3) Os principios á que se achão sujeitas as substituições colligio-os Loureiro da seguinte forma no § 401 do seu *Dir. Civ. Braz*:

«1.º Quem póde testar, póde fazer uma substituição.

«2.º A substituição, da mesma sorte, que a instituição, não se póde fazer senão por testamento, nem se póde substituir á quem não se póde instituir.

«3.º He permittido substituir ao primeiro herdeiro um segundo, á este um terceiro, etc. (*heredes secundo, tertio gradu scribere*); e deve-se nesse caso applicar a regra—*substitutus substituto est substitutus instituto.*—§ 3. Inst. liv. 2 tit. 15, L. 27, L. 41 pr., L. 47, ff. liv. 28, tit. 6, e L. 69, ff. liv. 29 tit. 2.

«4.º He permittido substituir muitos herdeiros á um só, e *vice-versa* um só á muitos. § 1. Inst. *eod.*

«5.º Muitos herdeiros no primeiro grão, e muitos substitutos, podem ser mutuamente substituidos (*substitutio reciproca*). L. 27, § 1 ff. liv. 28 tit. 5, L. 4 § 1, ff. ibid. tit. 6, e L. 64. ff. liv. 31.

«6.º A substituição opera os seus effeitos ao verificar-se o caso, para que foi estabelecida. L. 3, ff. liv. 39 tit. 2, L. 39. ff. *ibid.*, Const. 3. Cod. liv. 6 tit. 26.

«7.º Se o Testador dissesse que a substituição só teria lugar no caso, em que o primeiro herdeiro não o quizesse ser, se subentende tambem o caso, em que o não possa ser, e reciprocamente: arg. da L. 4, pr. ff. liv. 28 tit. 6, L, 101 ff. liv. 35 tit. 1, Const. 3, Cod. liv. 6 tit. 24, Const. 4 Cod. liv. 6 tit. 26.

«8.º A substituição tem por effeito pôr o substituto no lugar daquelle, á quem he substituido; e então recebe, em regra geral, a porção, que este haveria tido; salvo, se forem muitos, porque então a dividem entre si: § 2 Inst. liv. 2 tit. 15, L. 24. e L. 45 § 1 ff. liv. 28 tit. 6 Const. 1 Cod. liv. 6 tit. 26.

«9.º Extingue-se nestes casos: (*a*) quando o instituido, ou um substituto anterior se torna effectivo herdeiro: Const. 5 Cod. liv. 6 tit. 26: (*b*) quando o instituido se aproveita de uma transmissão: (*c*) quando o substituto morre antes do instituido (Const. un § 4 Cod. liv. 6 tit. 51); salvo, se morreo antes da deliberação deste (402 in fin.): (*d*) quando elle não se torna herdeiro na qualidade de instituido, na substituição reciproca. L. 23, e L. 45 § 1 ff. liv. 28 tit. 6: (*e*) quando a substituição he condicional, e a condição não se verificou. LL. 14, 21 e 23 ff. ibid.»

(1) O principio justificativo das substituições segundo esta Ord. foi de alguma sorte nullificado pelo que começou a vingar no reinado de D. José I, a *restricção* no direito de testar, e o favor dado ás legitimas.

Vide nota (7) a rub. desta Ord., e Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (c) a pag. 695, Themudo— p. 1 *Dec.* 1, 2 e 3, p. 3 *Dec.* 311, e 330, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 55, e Almeida e Souza—*Dir Emphy.* to. 1 pag. 163, *Morgados* pag. 127, *Notas á Mello* to. 3 pag. 360 e 425, e *Obrig.* pag. 102, e Gouvêa Pinto—*Trat. de Testam.* cap. 22 e nota 133.

(2) Esta substituição pode ser pura ou condicional, mas a condição posta na instituição não se entende posta na substituição, se isso não foi expressamente declarado (L. 73, ff. *de hœred. instit.*).

(3) O Testador pode na substituição *directa* nomear não só um, como muitos substitutos, seguindo a ordem numerica.

Assim se tem entendido na pratica sem inconveniente, e he frequente nas nomeações dos prasos (Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 714 e scholio, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 402).

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 696, Almeida e Sousa—*Notas à Mello* to. 3 á pag. 348, Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 22 notas 133 e 134, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 402.

tituição vulgar, que fizer, assi como se disser: *se Pedro não quizer ser meu herdeiro, seja meu herdeiro Paulo*; e este caso nomeado não acontecer, senão o outro, de que o Testador não fallou, assi como será, se o Pedro não poder ser herdeiro, tambem ao tal caso, que não foi expresso na substituição vulgar, feita neste modo, se estenderá (1) a vontade do Testador, e o substituto vulgar naquelle caso, que o Testador sómente especificou, tambem haverá a herança (2), acontecendo o outro caso, de que o Testador não fez menção (3).

3. Tanto que o herdeiro instituido aceitar a herança, logo expirará a substituição vulgar. Porém se este herdeiro, que assi aceitou a herança fôr menor de vinte e cinco annos, ou filho-familias (4), instituido por seu pai Testador, os quaes por particular privilegio que lhes he outorgado em Direito, pódem mudar sua vontade (5), acerca da aceitação da herança, e usando do tal privilegio, se afastarem da herança que huma vez aceitarão, em tal caso tornará o substituto vulgar a haver a tal herança de que já era excluido (6).

4. E da mesma maneira, se o Soldado fizer testamento, e nelle fizer substituição dita militar conforme ao privilegio que o Direito lhe concede, ainda que o herdeiro por elle instituido aceite a herança, nem por isso deixará de haver lugar o substituto que pelo dito Soldado lhe foi dado, antes vindo o tempo, ou acontecendo o caso, em que a tal herança he deixada, será a ella admittido (1).

Substituição Reciproca.

5. Substituição reciproca he a que comprehende e contém muitas substituições differentes por causa das pessoas, entre as quaes se faz. E chama-se *reciproca*, porque nella muitos herdeiros instituidos se substituem entre si reciprocamente.

A fórma della he, quando depois de hum Testador haver instituido muitos herdeiros em seu testamento, accrescenta estas palavras: *os quaes substituo entre si*, ou per outras semelhantes ordena que succedam huns aos outros (2).

6. E acontecendo que todos os herdeiros que assi hum Testador instituir, e reciprocamente substituir, passem da pupillar idade, em tal caso a substituição reciproca entre elles feita não será mais que vulgar.

Porém, se estes herdeiros instituidos todos forem pupillos, filhos do Testador neste caso a substituição, feita entre elles reciprocamente, inclue em si a substituição pupillar de tal modo, que fallecendo qualquer delles, depois de ser herdeiro, dentro da idade pupillar, lhe succederá o outro filho seu coherdeiro, postoque ao tal tempo este substituto não seja já pupillo, mas maior. E esta substituição pupillar, que se inclúe na reciproca, não se chamará *tacita*, mas expressa per palavras geraes (3).

Substituição Pupillar (4).

7. Substituição pupillar he a que o pai

---

(1) *Estenderá.*
A primeira edição diz:—*entenderá.*
Preferimos a correcção da edição de Coimbra por nos parecer mais accorde com o sentido da oração, e intenção do Legislador.

(2) Nos testamentos attende-se mais á vontade ou intenção do Testador do que ás suas palavras (*Gazetta dos Tribunaes* n. 170), e neste caso presume o Legislador que tambem se verifica o caso do § 1 (Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 22 nota 135).

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) á pag. 696, Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 348, e os authores citados na nota (4) ao § 1.

(4) *Menor.... ou filhofamilias.*
Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 266, diz ser mui difficil a intelligencia desta Ord., desde que concede ao *menor* e ao *filhofamilias* neste caso o mesmo direito, quando os ultimos, por Direito Romano, tinhão a faculdade de repudiar a herança no espaço de um triennio.
Regendo neste caso o Direito Romano por que á elle reporta-se a Ord. mais abaixo nas palavras—*particular privilegio que lhe he outorgado em Direito*, como resolver as duvidas que em muitas circumstancias podem occorrer?
Silva Pereira propõe como conciliação desta *antinomia*, o entender-se por *filhofamilias*, tão sómente o *impubere*, para differençar do menor.
Consulte-se entre os Reinicolas, Valasco—*de Part.* cap. 15 e 52, Portugal—*de Donat.* to. 2 cap. 18 e 19, e Netto—*de Testam.* liv. 3 t. 8 n. 1.

(5) T. de Freitas em nota ao art. 1040 § 1 da *Consol.* diz: que he este um dos effeitos do beneficio de restituição, de que gosão os menores; e limitação da regra—*hæreditas semel adita amplius repudiari non potest*

(6) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 697, Pinheiro—*de Testam.* disp. 4 sect. 2, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 3 § 8 e liv. 3 t. 7 § 5, e Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 22 nota 136.

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Pinheiro—*de Testam.* disp. 4 sect. 2, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag 690, e nota (*b*) á pag 697, e Gouvêa Pinto—*Testam* cap. 22 nota 136.

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Pinheiro—*de Testam.* disp. 4 sect. 5, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 700, Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 22 nota 137, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* (2a edição) § 406.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Pinheiro—*de Testam* disp. 4 secc. 5 § 4 e 5, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) á pag. 700, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 406.

(4) *Substituição pupillar.*
Loureiro no *Dir. Civ. Braz.* (2a edição) § 404 nota 182 diz o seguinte:
« A substituição pupillar divide-se em *expressa*, *tacita* e *compendiosa*. A *expressa* dá-se, quando o pai expressa e claramente dá herdeiro ao filho impubere, que tem sob seu poder, para o caso, em que elle, depois da sua morte, venha a fallecer dentro da idade pupillar; e a sua forma ordinaria he esta—*Se meu filho Pedro fallecer impubere, seja seu herdeiro Paulo.*
« A *tacita* dá-se, quando o pai dá substituto ao filho impubere, que tem sob seu poder, pela forma da substituição vulgar, v. gr.—*Se meu filho Pedro não fôr meu herdeiro, seja meu herdeiro Paulo.*—E chama-se *pupillar tacita*, porque se presume que o substituto dado pelo pai ao filho pupillo em forma vulgar, he chamado pelo pai não so para o caso em, que seu filho

faz a seu filho pupillo (1), que tem debaixo de seu poder, nesta fórma: *Se meu filho Pedro fallecer dentro da pupillar idade, seja seu herdeiro Paulo.* E porque da substancia desta substituição he, que se faça a pessoa, que stê em poder do Testador, a não póde fazer a mãi a seu filho (2), nem o ascendente á seu descendente; porque conforme a Lei do Reino, os filhos e filhas pelo casamento ficam fóra do poder de seus pais, e per conseguinte os netos, que do tal filho, ou filha nascerem, não ficam debaixo do poder de seus avós, ou outros ascendentes por parte de seu pai. Nem tambem se poderá fazer ao filho emancipado (1).

8. E para a substituição pupillar valer, he necessario, que o pai faça primeiro seu testamento, e institua herdeiro em seus bens; porque não o fazendo não valerá a substituição pupillar feita a seu filho. E não basta instituir herdeiro, mas requere-se, que o dito herdeiro aceite a herança; por que não a aceitando, a substituição pupillar como parte do testamento do pai, ficará sem effeito algum (2).

9. E tanto que o filho varão chegar a quatorze annos (3), e a femea a doze, expira a substituição pupillar, que seu pai lhe tinha feita.

E bastará entrar qualquer destes filhos pupillos no derradeiro dia do anno, em que se acaba a pupillar idade, postoque não seja de todo acabado (4).

10. E da maneira que o pai póde fazer testamento, em que dê substituto pupillar a seu filho, fallecendo dentro da pupillar idade, dessa mesma maneira póde por elle fazer codicillos pupillares; nos quaes ordene, que fallecendo o dito filho dêntro da

---

não venha a ser herdeiro por não querer, ou não poder, mas tambem para o caso em que, tendo com effeito vindo a ser seu herdeiro, venha depois a fallecer antes da puberdade. L. 2 § penult. *D. de vulg. et pupit. subst.*, que se exprime assim—*Sed et si ita scripserit —Si filius mihi heres non erit — Seius heres esto: filius heres esto: secundo quidem gradu Seius scriptus est heres, et si filius heres non extiterit, proculdubio Seius ei heres erit; sed etsi extiterit filius heres, et in pubertate defunctus est, Seius admittendus recte videtur* —, e L. 4 in princ. D. *eod.*, que diz assim — *Jam hoc jure utimur ex D. Marci et Veri Constitutione, ut cum pater impuberi filio ni alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur: sive filius heres non extiterit, sive extiterit et impubes decessit*;—disposição, que foi conservada no Direito novo na L 4 C. *de impub. et aliis subst.*

«Finalmente a *compendiosa* he a que comprehende, em resumo a vulgar, e a pupillar, e cuja fórma ordinaria he esta—*Institúo á meu filho herdeiro, e lhe substitúo Ticio em qualquer tempo, que elle morra* — Neste caso, se o filho fallecer dentro da pupillar idade, e não lhe sobreviver ascendente algum, nem irmão, passa para Ticio assim a porção legitima do filho, e quaesquer outros bens, que possuia, como a terça, ou parte da terça, em que o pai instituio o filho.

«Se o filho porém não falleceo dentro da idade pupillar, apenas entra no ultimo dia da impuberdade (Ord. liv. 4 tit. 87 § 9), cessa logo a substituição quanto a sua legitima, e mais bens, que tiver alem da terça, ou parte da terça, em que o pai o instituio; por quanto desde esse momento elle pode dispôr por testamento da terça dos taes bens, se ainda lhe restar algum dos seus ascendentes, e de todos elles no caso contrario; Ord. liv. 4 tit. 81. in princ., e tit. 91 § 1; e se falleceo *abintestato*, os seus bens passão aos seus *mais proximos* parentes, na forma da Ord. deste liv. t. 96 pr.»

(1) *Filho pupillo.*

A Ord. refere-se ao filho legitimo, ou natural legitimado. Com outros, o natural não legitimado ou o espurio não se pode dar esta substituição (Valasco—*Cons.* 151 n. 1, Pinheiro—*de Testam.* disp. 4 secc 3 § 5 n. 521); o que deve-se entender tão sómente quanto aos bens provenientes do pai (Pinheiro—*de Testam.* disp. 4 secc. 3 § 11 n. 618, e Pegas— *de Spuriis* glos. 3 n. 48.).

(2) *A mãi á seu filho.*

Se o pupillo tem herdeiros necessarios, a substituição só póde verificar-se na terça, por quanto a disposição do Pai não pode offender as legitimas (Guerreiro—*de Division.* liv. 5 cap 11 n. 17 e 24). O que se confirma por argumento da Ord. deste liv. t. 91 pr. e § 1 (Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 403 n. 1).

Corrêa Telles na *Interp.* § 14 diz o seguinte:

«Por exemplo: a Ord. do liv. 4 t. 87 § 7 concede ao pai o fazer substituição ao filho impubere, que estiver debaixo do seu patrio poder. Se por morte do pupillo a mãi deste ficar *viva*, será injusto que o substituto a exclúa da successão, a qual aliás lhe pertence como a herdeira necessaria: por tanto aquella Ord. deve em tal caso restringir-se pela outra do liv. 4 t. 89. Veja-se Voet—*ad Pand.* liv. 5 t. 2 n. 21, e Guerreiro—*Tract.* 2 liv. 5 cap. 11 n. 18»

A mesma doutrina defende no *com.* a L. de 18 de Agosto de 1769 n. 178.

(1) *Ao filho emancipado.*

O filho nestas condições he o que se acha isento do patrio poder (Ord do liv. 1 t. 88 § 6, e liv. 4 t. 50 § 2 e to. 97 § 18 e T. de Freitas— *Consol.* arts. 202 § 2, e 1045).

Consulte-se tambem Barbosa no respectivo *com.*, Pinheiro—*de Testam.* disp. 4 secc. 3 § 1 de n. 441, Guerreiro— *de Divisione* liv. 5 cap 11 n. 3, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 462 e to. 4 nota (*a*) á pag. 698, Phœbo—*Dec.* 125, Mello Freire— *Inst.* liv. 2 t. 4 § 11, e liv 3 t. 7 § 2, Almeida Souza—*Notas á Mello* to. 2 pag. 89, *Obrig.* pag. 72 e 227, Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 22 nota 138, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 715, e Loureiro— *Dir. Civ. Braz.* § 403.

O mesmo sustenta no n. 178 do *com.* a Lei de 18 de Agosto de 1769.

Loureiro no *Dir. Civ Braz* § 404 *in fine* diz que o favor outorgado as mãis e avós, tambem deve estender-se aos irmãos do pupillo, em vista da L. 9, Cod. *de impub et ali subs*; cuja lei accrescenta, o sabio autor do *Dig. Port.* applica á substituição *exemplar* no art. 1625, e deixa de fazer igual applicação della á pupillar no art. 1623, talvez por olvidação; porquanto se ha razão para que a substituição exemplar não possa prejudicar aos irmãos do mentecapto, tambem deve haver para que a pupillar não possa prejudicar aos irmãos do pupillo.»

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Pinheiro—*de Testam.* disp. 4 sect. 3 § 7 n 581, Guerreiro—*de Division.* liv. 5 cap. 11 n. 104, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) á pag. 698, e Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 22 nota 139.

(3) *Chegar á quatorze annos.*

Em vista do que se dispõe no fim deste §, não tem neste caso lugar a regra estabelecida na Ord. do liv. 3 t. 43 pr. nota (1).

Vide Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 29 § 256 e notas.

(4) *Derradeiro dia do anno.*

Vide nota supra, Barbosa no respectivo *com.*, Pinheiro—*de Testam.* disp. 4 sect. 3 § 20 de n. 737 em diante, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 4 nota (a) á pag. 599, Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 22. nota 139, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* (2ª edicção) § 40.

tal idade, o herdeiro(1), que houver de succeder *abintestado* ao pupillo, fallecendo elle dentro da pupillar idade, restitua os bens do pupillo a alguma certa pessoa. O qual herdeiro *abintestado* do pupillo restituirá a herança a quem seu pai mandou(2).

Substituição Exemplar (3).

11. Substituição exemplar he a que hum ascendente faz ao seu descendente, o qual não póde fazer testamento por causa de algum impedimento natural e perpetuo, assi como se fosse furioso, mentecapto, surdo e mudo de nascimento(4). E chama-se exemplar, porque se faz a exemplo da pupillar nesta fórma : *Instituo a meu filho, ou a meu neto Pedro por meu herdeiro : e se fallecer durando o furor, que tem, seja seu herdeiro Paulo* : o mesmo será de qualquer outro impedimento(5). E esta substituição póde tambem fazer a mãi, ou qualquer outro ascendente per linha feminina (6).

Substituição Compendiosa (7).

12. Substituição compendiosa he a que hum Testador faz ao herdeiro(1), que insti-

---

(1) *Herdeiro.*

Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 3 art. 1637 e 1638 diz o seguinte :

« Não he permittido porém ao filho tirar além da sua legitima a *quarta Trebellianica*, por que não está em uso.

« Um herdeiro *não necessario* ou estranho, ainda que seja encarregado pelo Testador de restituir á herança *toda* a um terceiro, não pode tambem deduzir para si, a quarta parte da dita herança. »

Guerreiro—*de Division*. liv. 5 cap. 1 n. 20—sustenta o contrario.

(2) Vide Ord. deste liv. t. 86 § 3, Barbosa no respectivo *com.*, Pinheiro —*de Testam.* disp. 2 sect. 10 § 14 de n. 615 em diante, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (b) á pag. 699, e Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 22 nota 139 *in fine*.

(3) *Substituição exemplar.*

Assim se chama esta substituição, por que se faz á exemplo da pupillar, que sómente compete ao pai, *ex vi* do patrio poder.

(4) Vide nota(3) á Ord. deste liv. t. 81 § 5, e nota (1) ao pr. do t. 85 á pag. 919.

(5) Esta substituição fica sem effeito :

1º—Se cessou o impedimento de testar.

2.º—Se nella forão preteridos os herdeiros necessarios, ou ainda os irmãos do substituto. L. 9 Cod. *de impub. et alior. subst.*

Vide Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. art. 1625, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 716.

(6) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Phæbo — Dec. 198, Pinheiro—*de Testam.* disp. 4 sect. 4 per totum, Guerreiro—*de Division.* liv. 5 cap. 12, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*d*) á pag. 700, e nota (a) á pag. 701, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 to. 4 § 15, Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 22 nota 140, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* (2ª edição) § 40.

(7) *Substituição compendiosa.*

T. de Freitas da *Consol.* art. 1052 nota diz o seguinte :

« Esta substituição chama-se *compendiosa*, por que comprehende a *substituição vulgar* e a *substituição fideicommissaria*, de modo que não ha substituição compendiosa sem que seja fideicommissaria ; mas a substituição pode ser fideicommissaria sem que seja compendiosa. Assim acontece quando o Testador dá substituto ao herdeiro instituido quando este fallecer depois de ter acceitado a herança, e não para o caso de não querer ou não poder o herdeiro instituido acceitar a herança. »

A esta substituição tambem se chama simplesmente *Fideicommisso*. Mello Freire — *Inst.* liv. 3 t. 7 § 18 scholio diz que em Portugal usava-se dos fidei-commissos mais por *costume* do que por lei ; por quanto apenas se fazem delles menção nos antigos e novos Codigos, e Leis das Partidas.

O Fideicommisso divide-se em universal, particular e electivo.

O primeiro verifica-se quando o primeiro herdeiro he gravado em vida ou depois da morte instituir a herança ao Fideicommissario. O segundo ou *particular* dá-se quando o primeiro herdeiro he rogado restituir alguma parte, ou cousa da herança á 3ª pessoa (Pinheiro—*de Testam.* disp. 4 sect. 8 n. 1141), e como quando o Testador, fasendo algum legado, grava o Legatario, que por sua morte passa á outra pessoa o legado. Esta regra, como diz Almeida e Sousa he a principal para distinguir o Fideicommisso *universal*, do *particular*.

Ha tambem Fideicommissos *electivos* ; como o Testador diz que o herdeiro, que institue, poderá em sua vida, ou por sua morte eleger pessoas, que bem lhe parecerem da familia do Testador.

Esta especie he muito usada na Inglaterra, e suas colonias.

Para se indusir Fideicommisso *universal* ou *particular* não ha formula alguma de palavras, bastão quaesquer demonstrando a vontade do Testador, com tanto que sejão *positivas*, *urgentes*, *e dedusidas* do intrinseco contexto do Testamento (Pinheiro—*de Testam.* disp. 4 sect. 7 n. 1152, Almeida e Sousa—*Notas á Mello* t. 3 pags. 426 e 427).

Consulte-se sobretudo Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* do § 410 á 418.

O herdeiro ou pessoa que recebe os bens com o encargo de os transmittir, ou por sua morte, ou em outro caso determinado, chama-se *Fiduciario* ou *gravado*.

O que tem de receber os bens chama-se *Fideicommissario*, ou *substituido*.

(1) *Herdeiro.*

Não determinando o Testador em suas disposições os direitos e deveres tanto do *Fiduciario* como do *Fideicommissario*, o primeiro tem a propriedade dos bens, mas restricta e resoluvel; e he equiparado a qualquer usufructuario. Nestas condições está sujeito :

1º A fazer inventario se o Fideicommissario exige (Guerreiro—*Tract.* 1 liv. 3 cap. 2 n. 6, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 art. 1632).

2º Não pode dispôr dos bens por doação, nem por testamento (*Cod. da Prussia* p. 1 t. 12 arts. 468 e 469).

3º Tambem não pode receber ou alienar por titulo oneroso ; a menos que não seja preciso para suas necessidades pessoaes, e tambem nos seguintes casos he permittido :

a. Se o Testador somente fez a substituição dos bens, que existirem no tempo da morte do fiduciario. (L 54 ff. *ad Senatusconsultum Trebellianicum*).

b. Se o Testador *expressamente* desobrigou-o de faser inventario (*Cod. da Prussia* art 471).

c. Sendo necessario vendê-los a fim de pagar-se dividas, ou encargos da herança (Voet—*ad Pand.* liv. 3 t. 1 n. 62).

4º O Fiduciario tambem deve restituir os bens no estado, em que se achavão ao tempo em que tomou conta; sendo-lhe porém licito repetir as bemfeitorias necessarias, ou uteis, que tenhão augmentado o valor da successão (*Cod. da Prus.* art. 467, e Guerreiro—obra citada n. 28 e 29).

5º He o mesmo herdeiro responsavel pelo dólo, culpa lata e leve na administração e disposição de taes bens (*Cod. da Prus.* art. 467, e Guerreiro—*loco supra citato*).

Cumpre porém notar que a simples prohibição de alhear a herança, que o Testador faça ao seu herdeiro, ou legatario, sem designar pessoa, a quem a herança se deva devolver, reputa-se *conselho*, e não induz *fideicommisso* (L. 114 § 14 ff. *de Legat.* 1, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to 3 art. 1645).

tuio, quando quer que elle fallecer(1). E chama-se assi, porque debaixo de hum compendio de palavras contém em si muitas substituições (2) de differente natureza. A fórma, em que se faz, he esta : *Instituo por meu herdeiro a Pedro ; e quando quer*

(1) Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 3 art. 1639 e nota diz o seguinte:

« Não será permittido fazer substituições de substituições; isto he, fazer mais do que *um grão* de substituição fideicommissaria. »

Com esta opinião conforma-se Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 719 scholio desta forma:

« Poderá substituir-se fideicommissariamente em *segundo grão*, ou por diante? A Ord. do liv. 4 t. 87 § 12 não falla senão de um *unico* substituto; e essa serie de substituições teria os inconvenientes dos Morgados irregulares. »

Na nota ao art. diz Corrêa Telles:

« A Novella 159 parece permittir *fideicommissos perpetuos*. Complicão muito a Jurisprudencia sem utilidade publica. O Cod. Civ. Francez art. 896 prohibio todas as substituições. O Codigo da Prussia p. 1 *t.* 12 art. 55 admitte somente a primeira e segunda substituição. O nosso artigo conforma-se á Ord. do liv. 4 t. 87 § 12. »

Entretanto da letra do § não se pode deduzir a doutrina sustentada por Corrêa Telles e Coelho da Rocha, porquanto toda a redacção do § he exemplificativa, e não taxativa; e se querem tão restrictamente interpretar a disposição nesse caso a opinião contraria he mais sustentavel, visto como nas expressões *muitas substituições* se acha justificada a doutrina opposta á dos mesmos Juristas, e aliàs fundada no Direito Romano que autorisa os fideicommissos perpetuos.

Em favor ainda desta opinião temos Almeida e Sousa no *Dir. Emphy.* to. 1 § 392, apoiando-se em Pegas—*Forens*, cap. 10 n. 30, e *com.* á Ord. do liv. 2 t. 35 § 11 e cap. 149 n. 164 e 165, e *de Majoratu* cap. 4 n. 265. E Pegas tanto no *com* como no *Majoratu* defende perfeitamente sua opinião com casos julgados.

E a melhor prova de que o *Fideicommisso temporal* ou *perpetuo* se podia entre nós fazer temos nos Als. de 7 de Junho de 1755 § 50, de 10 de Setembro de 1756 § 46, de 13 de Agosto de 1759 § 57, e de 8 de Janeiro de 1773, condição 14, que o permittirão para as acções da Companhia do Grão-Pará e Maranhão, dos vinhos do Alto-Douro, de Pernambuco, e do Algarve, á vontade de seus proprietarios.

E fundamenta-se esta e outras concessões no principio de que o Direito fundado na liberdade natural, que cada um tem de dispôr livremente do seu, autorisa os Testadores e Doadores para contractarem e disporem na forma de taes concessões, em beneficio de suas familias e de pessoas particulares, etc.

Se consideramos este objecto pelo lado da utilidade e conveniencia publicas, o interesse está ao lado dos paizes que admittem taes substituições como a Inglaterra, Estados-Unidos, Allemanha, etc., onde a propriedade tem uma fixidez e permanencia, como não acontece em França, e em todos os paizes onde o direito de testar he restricto, e as substituições forão abolidas.

Somente o Fisco, interessado na constante mobilidade da propriedade, poderia por causa de seus proventos restringir e destruir as substituições.

Vide sobre esta materia, e sobre o direito de testar, e sua liberdade Coquille—*Les Legistes* o pag. 422 e seguintes.

(2) *Muitas substituições.*

Estas palavras não indicão somente a qualidade das substituições, comprehendem tambem os grãos das mesmas substituições, pois que o Legislador accrescenta as seguintes: —*de differente natureza*, i. e., não se pode referir tão sómente á vulgar, reciproca, pupillar, exemplar, etc.; — por quanto todas essas substituições resumem-se na *vulgar*, cuja naturesa he depender da acceitação de qualquer herdeiro nomeado, ao passo que a *fideicommissaria* he inteiramente differente, porque a acceitação do fiduciario não lhe põe termo.

Vide nota supra.

que elle fallecer, ou depois de sua morte, ou por sua morte seja herdeiro Paulo (1).

TITULO LXXXVIII.

Das causas, porque o pai, ou mãi podem desherdar seus filhos (2).

As causas porque os pais, ou mãis (3) po-

(1) Se a disposição testamentaria se mantem, o fideicommisso pode acabar :

1º Se o substituido he incapaz, ou se torna indigno, ou morre antes do Testador. Morrendo depois, antes do Fiduciario, o seu direito passa aos seus herdeiros. L. 41 § 12 ff. *de legat.* 3.

Entretando a Associação dos Advogados de Lisboa decidio o contrario em parecer impresso na *Gazetta dos Tribunaes* n. 596 de 9 de Agosto de 1845.

Vide Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 416 nota 185.

2º Não se verificando a condição. L. 102 ff. *de Legat.* 1º.

3º Quando sendo feito pelos pais, forão na substituição preteridos os descendentes herdeiros necessarios do Fiduciario, por ser contra os deveres de piedade. L. 30 Cod. *de fideicomm.*,. L 102 ff. *de condit. et demonst.*

Esta rasão não tem fundamento juridico, visto como o Fiduciario he apenas um usufructuario, e nenhum direito tem a propriedade do fideicommisso. Os deveres de piedade nada tem ahi que vêr.

4º Se os interessados transigirão, o que lhes permittido. L. 1 Cod. *de pactis* e L. 11 Cod. *de transact.*

5º Cessa na parte, em que offende a legitima do Fiduciario, se este era herdeiro necessario do Testador (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 art. 1636).

Extincto o Fideicommisso cessa a obrigação do Fiduciario, de institui-lo. L. 38 § 6 ff. *de legat.* 3.

Coelho da Rocha *Dir. Civ.* § 719, de onde extrahimos estas regras, diz o seguinte no scholio :

« Se o Fiduciario morre antes do Testador, poderá o Fideicommissario pedir a herança ? Lobão á *Mello* liv. 3 t. 5 § 54 n. 2 inclina-se á affirmativa.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Pinheiro—*de Testam.* disp. 4 sect. 6 e 8 per totum, Guerreiro—*de Division.* liv. 5 cap. 15 per totum, Valasco—*Cons.* 54 de n. 4 em diante, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 notas (*a*) e (*b*) á pag. 458, e to. 4 nota (*c*) a pag. 700, Phœbo—*Dec.* 125, Almeida e Sousa—*Dir. Emph.* to. 1 § 392, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 348, 349 e 426 n. 2, usque 430, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* (2ª edição) § 407, 414 usque 418.

(2) O Al. de 13 de Novembro de 1651 authorisa os pais a desherdar seus filhos que casarem clandestinamente contra os decretos do Sagrado Concilio Tridentino.

O Al. de 19 de Junho de 1775, roborando esta Ord. providenciou sobre a alliciação, seducção e corrupção, dos filhosfamilias de ambos os sexos.

O Al. de 29 de Novembro do mesmo anno, declarando o precedente, providencia sobre os casamentos dos filhos em que os Pais, Mãis, Tutores ou Curadores recusão dar o seu consentimento.

Este Al. manda pôr em effectiva observancia as Leis de 23 de Novembro de 1616, e de 29 de Janeiro de 1739, relativas aos casamentos dos filhos dos nobres.

O Decreto de 15 de Maio de 1778 manda cumprir os Precatorios Ecclesiasticos, assim como que se não impedisse que corressem banhos de casamentos, independentemente de consenso patrio.

Consulte-se nos *additamentos* á este liv. os Als. de 19 de Junho e de 29 de Novembro de 1775.

Vide Barbosa no *com.* respectivo, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) a pag. 93.

(3) *Pais ou Mãis.*

Nestas expressões se comprehendem tambem os outros ascendentes ; assim como na palavra—*filhos* se comprehendem os descendentes.

dem desherdar os filhos (1), são as seguintes (2).

M.—liv. 4 t. 72 § 3.

1. E se alguma filha, antes de ter vinte e cinco annos(3), dormir com algum homem(4), ou se casar sem mandado de seu pai (1),

---

(1) *Desherdar os filhos.*

Na palavra—*filhos* comprehende-se tão somente os legitimos ou legitimados.

Desherdação he o acto, pelo qual um parente priva da *legitima*, excluindo da successão o seu herdeiro necessario (Coelho da Rocha—*Dir. Civ* § 354).

Para que este acto se considere valido he indispensavel:

1º—que seja feito em testamento, escriptura, ou termo legal (Ord deste liv. t 82 § 2, e Almeida e Sousa—*Obrig.* § 367, e Coelho da Rocha § supra).

Cumpre notar que se no testamento o pai desherdar o filho, e for duvidosa a desherdação, pode-se declara-la em codicillo (Pinheiro—*de Testam.* disp. 2 sect. 10 § 1 n. 381, Guerreiro—*de Division.* liv. 5 cap. 17 n. 31, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota(*a*) a pag. 92).

2º—que seja expressamente declarada a causa da exclusão (Ord. deste liv. t. 82 § 1).

3º—que essa causa seja justa, ou authorisada por lei (Ord. cit.).

4º—que seja provada pelos successores, para quem passa a herança ou legitima do desherdado, e julgada por sentença com audiencia do mesmo (Ord. deste liv. t. 82, e Almeida e Sousa—*Obrig.* § 369), salvo se o Testador houver já em sua vida satisfeito á este requisito (*Ass.* de 20 de Julho de 1780).

A simples reconciliação do Testador com o desherdado não invalida a desherdação, uma vez que se não prove revogado o acto, em que esta tinha sido determinada (Almeida e Sousa—*Obrig* § 377, Cod. da Prussia p. 2 t. 2 art. 414, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 354.

(2) Vide Barbosa respectivo *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 407.

(3) *Antes de ter 25 annos.*

Hoje a maioridade termina aos 21 annos (Res. de 31 de Outubro de 1831).

Mas *à contrario sensu* se a filha fôr maior e prostituir-se, não pode ser desherdada, o que parece repugnante com os principios da moral.

Entretanto o Ass. 5—de 9 de Abril de 1772 § 2 positivamente explica e mantem esta disposição, de que a pena em questão só he applicavel á filha minorenne, ainda que o § só se refira a casamento.

Comtudo Liz Teixeira declara no to. 2 pag. 304 e 305, e com toda a razão, que a meretriz, sendo *infame*, he inhabil para herdar, independente da vontade do Pai ou Testador (Ord. deste liv. t. 84 pr. nota 7). Portanto a filha *maior* prostituta pode ser desherdada.

Vide T. de Freitas na *Consol.* art. 81 e nota 3, que he importante consultar, e art. 1016 e nota,

(4) *Dormir com algum homem*, i. e., prostituir-se.

A desherdação neste caso he *pleno jure*.

A doutrina desta Ord. se acha confirmada pela L. de 19 de Junho de 1775 § 4 e Ass. 5º—de 9 de Abril de 1772 § 2 confirmado pelo Al. de 29 de Agosto de 1776.

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 355 scholio expressa-se nestes termos quanto a esta disposição:

« As doutrinas da *Ord.* liv. 4 tit. 88 e 89, copiadas da Affonsina e Manoelina, tem por fonte o Direito Romado na *Nov.* 115 cap. 3. Foi-nos necessario redigi-las em conformidade dos costumes actuaes: e por isso seguimos a opinião de Mello, que entende a disposição dos §§ 1 e 2 *do tit.* 88 sómente he applicavel ás filhas no caso de prostituição publica. Apesar das duvidas, que a isto oppõe Lobão *Obr. recipr.* § 369, achamos esta intelligencia mais justa, e conforme a *cit. Nov* § 11—*luxuriosam degere vitam*;—e assim o entende Pinheiro *de testam.* disp. 5 sect. 3 n. 268, e se acha explicitamente adoptada pelo *Cod. da Sard. art.* 738: *Si la fille ou autre descendante mene publiquement mauvaise vie*; e pelo *da Austria* art. 768, e da *Pr. cit.* art. 409.

Liz Teixeira, o commentador de Mello Freire, no *Dir. Civ.* to. 2 pag. 303 n. 11 aparta-se da opinião deste seguindo a de Almeida e Sousa, a nosso vêr com muito fundamento:

« O Sr. Paschoal, para proceder á desherdação da filha menor exige nella a vida *meretricia*, ou o publico concubinato: *filiæ minorennes vita meretricia, vel publicus concubinatus.*

As expressões da Novella —*sed luxuriosam degere vitam elegerit*, não determinão a vida meretricia, ou prostituição publica e vulgar do corpo por preço, dando á mulher a qualidade de *quæstuaria*, com que as Leis caracterisão a meretriz, inculcão sim os actos lascivos habituaes, *degere vitam*.

« A nossa Ord. ainda menos exige a vida meretricia, pois a sua expressão que o A. transcreve,—*dormir com algum homem*, não constitue a meretriz, nem a profissão da vida incontinente; mas estabelece que em *um só acto* faz a pena procedente; por isso que a meretriz he determinada por estes termos—*mulher que ganha dinheiro por seu corpo* (Ord. do liv. 5 t. 18 pr.). »

Vide tambem Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 377.

(1) *Casar sem mandado de seu pai.*

Esta causa de desherdação está nas condições da precedente, i. e., tambem he *pleno jure*.

« A severidade desta pena, diz Loureiro, já se não compadece com a doçura dos costumes do nosso tempo. »

Mas se o pai a despeito do pedido da filha lhe negar sem motivo justificado o seu consentimento, pode esta requerer ao Juiz dos Orphãos respectivo o supprimento daquella permissão, e nestas circumstancias evita a pena de desherdação (L. de 29 de Novembro de 1775, e de 22 de Setembro de 1828 art. 2 § 4).

Consulte-se tambem a L. de 19 de Junho de 1775 § 5, e de 6 de Outubro de 1784 § 4 e 5. assim como o Ass. 5—de 9 de Abril de 1772 § 2, confirmado pelo Al. de 29 de Agosto de 1776.

Cumpre notar que na palavra *pai* comprehende-se tambem o *Tutor* ou *Curador*, em sua falta.

Assim tambem na palavra *filha* se subentende de igual sorte o *filho* de menor idade.

T. de Freitas na *Consol.* art. 102 e notas diz o seguinte:

« Os filhosfamilias do sexo masculino incorrem nas decretadas penas (desherdação e privação de alimentos) a arbitrio dos Pais, *qualquer* que seja a *idade* em que casem sem o dito consentimento. »

E em nota diz:

« O Ass de 9 de Abril de 1772 trata dos filhos em geral, e não de filhosfamilias. Sua intelligencia deve ser restringida pela posterior disposição da L. de 6 de Outubro de 1784 § 6. »

E na nota (2) accrescenta:

« Cit. Ass. de 9 de Abril de 1772 § 2. Como o Al. de 29 de Agosto de 1776, confirmatorio deste Ass., he posterior á L de 19 de Junho de 1775, cessou a pena de *desnaturalisação* ali fulminada. »

Loureiro no *Dir. Civ. Braz.* § 396 nota 176 diz o seguinte:

« O cit. Ass. 5º—de 1772 decidio que os filhos varões, que se casarem sem o consentimento dos Pais, incorrerão na pena de desherdação e privação de alimentos a arbitrio dos Pais, qualquer que seja a idade em que se casarem, e quer se casem com pessoa indigna, quer digna.

« Como porém a citada Lei de 6 de Outubro de 1784 he posterior ao cit. Al. de 29 de Agosto de 1776, que confirmou o referido Ass., entendemos que este ficou abrogado por ella, na parte relativa aos descendentes varões de maior idade e *sui juris*, os quaes segundo o § 6 da mesma Lei, uma vez pedido o consentimento de seus Pais, podem casar, independentemente de supprimento delle, se lhes foi denegado; e consequentemente não podem ser desherdados, nem privados de alimentos a arbitrio dos Pais pelo facto de terem casado sem seu consentimento. »

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 10 § 96 n. 17 diz em nota: que se os filhos varões maiores de 25 annos de idade forem *filhosfamilias*, he indispensavel consentimento expresso dos Pais, porquanto estão no caso de menores, em vista das palavras da cit. L. de 1784 § 4, ibi: *os filhosfamilias e os menores.*

Consulte-se tambem o mesmo Jurista no tit. 11 § 105 n. 16 nota (*a*).

ou de sua mãi (1), não tendo pai (1), por esse mesmo feito (2) será des-

---

T. de Freitas na *Consol.* art. 105 tratando dos supprimentos de consentimento dos Pais, diz o seguinte:

« Recusando os Pais, Tutores, ou Curadores, consentir nos casamentos dos filhos, podem estes recorrer aos Juizes dos Orphãos, que ouvindo de plano em termo summario aos dissentientes, e informando-se da conveniencia dos casamentos, concederáõ ou denegaráõ as licenças, dando recurso ás partes na forma das Leis do processo. »

Na nota accrescenta:

« L. de 29 de Novembro de 1775, Ass. de 10 de Junho de 1777, L. de 22 de Setembro de 1828 art. 2 § 4, Reg de 15 de Março de 1842 art. 5 § 5 e art. 15 § 12.

« Pagão essas licenças o imposto do § 41 da Tabella annexa á L. de 30 de Novembro de 1841, confirmado pelo Av. n. 42—do 1º de Maio de 1850. Pagão tambem o sello do art. 47 do Reg. de 10 de Julho de 1850.

« O recurso he de aggravo, mas, *sendo sempre* de petição, e não de instrumento, as partes ficão sem recurso em alguns casos, visto que pelo art. 15 do Reg. de 1842 não se pode aggravar de petição fóra das cinco leguas. Os Praxistas são concordes em exceptuar da L. de 29 de Novembro de 1775 este caso especial. »

« Não se devia deixar de dizer (Rebouças—*Obs.* a este art.) que o recurso he sempre, e a *todas as distancias*, o de aggravo de petição, como expressamente diz a L. de 29 de Novembro de 1775, etc. »

A esta *Obs.* de Rebouças, declarou T. de Freitas:

« Não se disse, porque a Lei citada não falla em distancias; mas *aceito de bom grado* a interpretação que se lhe dá, para que as partes tenhão recurso em todos os casos. »

(1) *Ou de sua Mãi.*

Por Direito Romano não era necessario o consentimento da Mãi, nem do Curador. Heineccio to. 4 § 165, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 11 § 108 n. 2 e nota.

Loureiro na nota 173 *in fine* ao § 396 diz: que a Lei de 22 de Setembro de 1828 art. 2 § 4 fallando do supprimento do consentimento do Pai, nada diz a respeito da Mãi; donde se pode inferir que o dispensou.

Esta razão he pouco plausivel: o § 4 do art 2 daquella Lei não referindo-se a esta Ord. e tão pouco ao art. da L. de 29 de Novembro de 1775, e pelo contrario nada dispondo taxativa, mas exemplificativamente, não podia revogar disposição tão positiva como a presente.

A mãi em um paiz christão e catholico não era a Mãi entre os Romanos, igual ou inferior ao filho em importancia dentro da casa paterna ou do marido.

T. de Freitas na *Consol.* art. 101 nota (1) partilha a mesma opinião de Loureiro, e mais pronunciadamente nestes termos:

« A Lei de 29 de Novembro de 1775 contemplou tambem as *mãis* em accordo com a Ord do liv. 4 t. 88 § 1, 2 e 3; porém nossas leis ultimas de 22 de Setembro de 1828 art. 2 § 4, e do Reg. de 15 de Março de 1842 art. 5 § 5 e art. 15 § 12, só designão o *pai* e o *tutor*.

« Quanto ao consentimento da *Mãi* entendo pois que não estão em vigor aquella Ord e a citada Lei de 29 de Novembro de 1775. Tal he a intelligencia seguida no Fôro, porque nunca se tem requerido ou exigido o consentimento das Mãis para o casamento dos filhos. »

A esta doutrina oppõe-se com razão Rebouças nas *Obs.* a este art., nas seguintes palavras:

« Não havendo lei alguma que *expressamente* derogasse a de 29 de Novembro de 1775, a intelligencia de estarem sem vigor essa Lei e a Ord. da liv. 4 t. 88 § 1, 2 e 3, manifesta-se avêssa em geral, á logica e hermeneutica, e em especial induz offensa de mui graves interesses da moral, das familias, e da ordem civil, etc. »

Aos argumentos que oppõe Rebouças analysando as Leis de 19 de Janeiro, e de 29 de Novembro de 1775, assim como a de 1828, e Reg. de 1842, contrapõe T. de Freitas o seguinte:

« Não se produz argumento que convença; e contra a censura ahi está a praxe do Fôro. A praxe he boa: porque mesmo sob o dominio da Legislação anterior á L. de 22 de Setembro de 1828 e Reg de 15 de Março de 1842, entendia-se que o voto do marido preponderava sobre o dissenso da mulher (Lobão—*Acç. Sum.* § 669). »

Rebouças nas *Obs.* responde perfeita e juridicamente á esta nova objecção, e mostrando pela analyse do § 669 supra citado que Almeida e Souza, cuja opinião se invoca, he *contra producentem*, diz:

« A Lei de 22 de Setembro de 1828 tratou tão sómente das atribuições que competião ao Tribunal do Desembargo do Paço; e extincto elle, passarão a ser a exercidas pelas actuaes autoridades administrativas e judiciaes; e o Reg. de 15 de Março de 1842 nos art 5 § 5 a 15 § 12, não faz mais do que repetir dessas attribuições as que ficarão competindo aos Juizes de Orfãos, com recurso á autoridade superior competente.

« Não trata pois, nem poderia tratar da L. de 22 de Setembro de 1828 e Reg de 15 de Março de 1842 art. 5 § 5 e 15 § 12, da derogação de alguns dos preceitos essencialmente dispostos na Ord. liv. 4 t. 88 § 1, 2 e 3, e na L. de 29 de Novembro de 1775; e *no que lhe he referente* deve-se entender que tem por fim sua execução, uma vez, que não lhes he expressamente derogatoria: *Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur. Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint.* L. L 26 e 28 Cod. *de Legibus*, e expressamente se vê condemnada pela L. de 18 de Agosto de 1769 no § 14, a supposição de se haver por derogadas leis expressas, tão sómente pelo facto de não serem postas em execução. »

A estas razões cumpre additar a do art. 1 *in fine* da L. de 20 de Outubro de 1823, que exige para a revogação das Ords. e leis anteriores á Independencia, disposições *especiaes*. Notando-se que a derogação que se sustenta he a *tacita* ou implicita, a qual para se poder verificar demanda *antinomia* entre as duas leis; ora ninguem dirá que são inconciliaveis a presente Ord. e a L. de 1775 com a L. de 1828, e o Reg. de 1842.

(1) *Não tendo Pai.*

Esta parte da Ord. se acha revogada pela L. de 29 de Novembro de 1775 art. 2 que exige o consentimento *simultaneo* do Pai e da Mãi (Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 § 668 e 669, e *Obrig.* § 94 e 105, e Corrêa Telles —*Dig. Port.* to. 3 art. 1589 nota *h*).

Entretanto o mesmo Corrêa Telles na *Interp.* § 32 menos bem informado sustenta a doutrina que hoje, diz T. de Freitas, prevalece no Foro, de precindir-se do consentimonto da Mãi.

Referindo-se a regra estabelecida no § 81 sobre a interpretação das Leis que tem relação commum diz:

« A L. de 29 de Novembro de 1775 ordena que os filhos não possão casar-se sem licença de seus pais, e mãis, tutores ou curadores; que repugnando estes dar-lhes licença recorrerão ao Desembargo do Paço os nobres, aos Corregedores ou Provedores os plebêos.

« Esta Lei não decide o caso: o filho, que quer casar-se tem licença de seu pai, mas se a mãi lh'a refusa: porem da Ord. do liv. 4 t. 88 § 1 se deduz que a licença do Pai *he bastante*, e que a da Mãi sómente se faz precisa, quando o Pai he fallecido.»

Vide Egidio—*á lege Titia* p. 3 n. 48, e Cod. Civ. Francez art. 148.

« Aquella mesma lei deve restringir-se pela de 6 de Outubro de 1784 § 6, de modo que só os menores de 25 annos precisão do consentimento dos Pais para se casarem; excedendo aquella idade satisfasem com pedir-lhe seu conselho. »

A Lei de 29 de Novembro de 1775 sepracitada no art. 2 estendêo o mesmo direito que conferio aos Pais, aos Tutores e Curadores, pela razão que aqui se nota a *falta de Pai*, o que como bem observa T. de Freitas na *Consol.* art. 101 nota 2, só se verefica em dous casos, pois não se trata aqui de *orfãos* (Ords. do liv. 1 t. 88 § 27) mas de *filhos*, e são: o da insania dos Pais (Ord. do mesmo liv. t. 88 § 6), e ausencia dos mesmos; visto como a falta *por morte* já se acha previnida na Ord. supracitada § 27.

(2) *Por esse mesmo feito.*

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 355 scholio diz, que estas palavras forão escriptas *ad terrorem*, exprimindo-se desta forma

« Muito mais difficil he a questão: Se ficando a filha que se deixou corromper, ou que casou contra vontade, e sem supprimento, desherdada *pelo mesmo facto*, como diz a Ord., confirmada pelo Ass. de 9 de Abril de

herdada (1) e excluida de todos os bens e fazenda do pai, ou mãi (2), postoque não seja per elles desherdada expressamente(3).

M.—liv. 4 t. 72 pr.

2. E se ao tempo da morte do pai, ou mãi houver outros filhos legitimos (4), não póderá o pai, ou mãi fazer herdeira a filha, que assi errou(1), na legitima, que per Direito lhe vinha(2), contra vontade dos filhos, ou filhas legitimas, que o tal erro não commetteram.

E se ao tempo da morte do pai, ou mãi não houver outro filho, ou filha legitima, ou netos, ou descendentes legitimos de cada hum delles, poderão elles e cada hum delles, fazer herdeira a filha, que contra elles errou, como e em quanta parte lhes approuver. Porque, pois a elles sómente foi feita a injuria, com razão a podem perdoar, pois não ha outro filho, ou filho, ou neto, a quem nisso se faça prejuizo (3).

M.—liv. 4 t. 72 § 1.

3. Porém, se a filha casasse com homem, que notoriamente seja conhecido, que casou melhor, e mais honradamente (4), do que seu pai e mãi a podiam casar, não fica desherdada e excluida de todos os bens e fazenda, como acima dito he; mas sómente o pai, ou mãi a poderão desherdar, se quizerem, da ametade da legitima (5), que lhe pertencia (6) direitamente por morte de cada hum delles. E não a desherdando expressamente (7) da dita ametade pela dita causa, haverá livremente sua legitima em todo, como se o casamento fôra per consentimento do pai, ou mãi. E isto, quer ao tempo da morte haja outro filho, ou filha legitimo, ou neto de cada hum delles, quer os não haja (8).

M.—liv. 4 t. 72 § 2.

1772 § 2, e *L. de* 19 *de Junho de* 1775 §§ 4 e 5; no caso de que o pãi a não desherde expressamente, poderão os irmãos, ou outros parentes fazêr-lhe impôr a pena depois da morte deste? Das palavras da *Ord.* e da *Lei—pelo mesmo facto*—parece poder concluir-se a affirmativa: entretanto esta consequencia he tão dura, tão repugnante aos principios geraes sobre a desherdação, e sobre injurias, as quaes por ninguem podem ser demandadas, senão pelos proprios injuriados, que não podemos considerar aquellas palavras, senão accrescentadas alli *ad terrorem*, para desviar os seductores, tirando-lhes as esperanças da herança.

« Não achamos nos Praxistas aresto a tal respeito; e até duvidamos que appareça. »

(1) *Desherdada.*

O Ass. de 20 de Junho de 1780 declarou, que pode o pai em vida requerer a desherdação de sua filha, ainda que o julgado somente tenha effeito, morto o mesmo Pai.

Mas ou a desherdação se faça por escriptura publica ou por termo judicial, o desherdado deve ser citado para poder contestar e allegar o seu direito.

Vide Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 399 nota 180.

(2) *Excluida de todos os bens e fazenda do pai ou mãi.*

Loureiro no *Dir. Civ.* § 396 nota 175 diz o seguinte:

« A L. de 19 de Junho de 1775 § 4 e 5 *aggravou* as penas civis da Ord. do liv. 4 t. 88 § 1 e 2, determinando que as filhas-familias, e as que estivessem sujeitas á tutoria, ou curadoria, que se deixassem corromper com injuria de seus pais ou parentes, ou casassem sem consentimento de seus pais, tutores ou curadores, ficassem pelos mesmos factos *desnaturalisadas* das familias, a que pertencessem, e inhabeis para dellas herdarem, ou haverem alimentos.

« Como porém o cit. Ass. 5º—de 9 de Abril de 1772 foi confirmado pelo Al. de 29 de Agosto de 1776 (posterior á dita Lei), e fallando dos dous casos acima referidos só se refere á *Novella* 115, e á Ord. do liv. 4 t. 88; *parece* que a mente do Legislador, ao confirma-lo, foi derogar as disposições dos cit § 4 e 5 da referida Lei, e restabelecer as dos § 1 e 2 da citada Ord. »

Esta doutrina he de Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 11 § 108 n. 5 nota (*a*) que convem consultar.

T. de Freitas na *Consol.* art. 102 nota 2 he mais positivo, pois diz que como o Al. de 1776, confirmatorio do Ass. de 1772, he posterior á Lei de 1775, *cessou* a pena de *desnaturalisação* ahi fulminada. »

(3) *Expressamente.*

Portanto incorre-se na pena *pleno jure*; basta tão somente que o facto se dê, e que os Pais mostrem sua desapprovação.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Pereira de Castro—Dec. 10 e *de Manu Regia* p. 3 cap. 70, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to, 1 nota (*b*) a pag. 407, to. 2 nota (*a*) a pag. 459, e to. 4 nota (*a*) a pag. 935, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 20 nota, e liv. 3 t. 5 § 45, e *Hist.* § 51 e 126, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 325, e Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 14 nota 115, e Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 2 a pag. 289 e 303.

(4) *Outros filhos legitimos.*

A expressão *outros* reporta-se aos filhos de que trata a rubrica e principio deste titulo.

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 11 § 108 n. 17 diz o seguinte:

« Os *filhos illegitimos*, e os que destes procedem, assim varões, como femeas, casando sem consentimento dos pais (de quem pelo reconhecimento, recebêrão maior favor que os primeiros), qualquer que seja a sua idade, ou casem com pessoa mais ou menos digna, incorrem na desherdação, sendo taes que nelles possa ter lugar esta pena, e perdem *ipso facto* todo o direito a alimentos: pois he para com elles mais severo o Direito (*Ass.* 5—de 9 de Abril de 1772 § 3). »

(1) *A filha que assi errou.*

Refere-se aos dous casos do § 1: prostituição, e casamento sem consentimento dos progenitores.

Estender-se-ha o effeito desta penalidade á mulher menor viuva, que passa ás segundas nupcias sem o consentimento de seus Pais?

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 11 § 108 n. 12 sustenta a negativa, porque uma lei penal he inextendivel ás segundas nupcias. Esta opinião conta em seu favor Barbosa *com.* ao § 1 desta Ord. sob n. 11, e Pereira de Castro— *de Manu Regia.*

Os que sustentão a affirmativa dizem, que o consentimento se requer, não em consequencia do poder paterno, mas da moral publica. Esta opinião he defendida por Caldas, Pedro Barbosa, Pinheiro, Agostinho Barbosa, Pegas—*com.* á Ord. do liv. 2 t. 27 pr. glos. 2 § 4 *prope finem*, e Guerreiro—*de Division.* liv. 2 cap. 1 n. 57 e 58.

E se a viuva ou filha maiorene casarem com escravos poderáõ ser desherdadas? Vide Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 2 pag. 304.

(2) Vide nota (2) ao § 1 deste tit. a pag. 929.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 407, e to. 2 nota (*b*) a pag. 459, Mello Freire nos lugares citados no § 1, e Almeida e Sousa—*Obrig.* pag. 201.

(4) *Casou melhor e mais honradamente.*

Não basta portanto que a filha se case com pessoa *digna*, he mister que seja *mui digna.*

(5) *Ametade da legitima,*

He a pena da desobediencia, e desrespeito aos seus progenitores.

(6) *Lhe pertencia.*

Na edição de Coimbra falta o pronome *lhe.*

(7) *Expressamente.*

He o inverso do que se acha disposto no § 1.

(8) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 407, to. 2 nota (*c*) a pag. 459, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 43, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 280.

4. E bem assi poderá o pai, ou mãi desherdar seu filho, ou filha, se irosamente poserem as mãos a seu pai, ou a sua mãi (1).

M.—liv. 4 t. 72 § 4.

5. Item, se o doestar de palavras graves e injuriosas, maiormente em lugar publico (2), onde o pai, ou mãi com razão se envergonhem. E ficará em arbitrio do Julgador(3), se as taes palavras foram graves (4), ou leves (5).

M.—liv. 4 t. 72 § 5.

6. Item, se accusar crimemente (6) o pai, ou a mãi, por algum crime, que não toque a nosso Stado (7).

M.—liv. 4 t. 72 § 6.

7. Item, se usar de feiticeria, conversando com feiticeiros(8).

M.—liv. 4 t. 72 § 7.

8. Item, se der peçonha ao pai, ou

---

(1) *Seu Pai, ou á sua Mãi.*

Se outro tanto fizer á seu Padrasto ou á sua Madrasta incorre o filho na mesma pena (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 936).

Esta pena he independente das do Cod. Crim.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 460, e nota (*b*) a pag. 504, e Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 43.

(2) *Em lugar publico.*

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*c*) a pag. 83

(3) Hoje essa apreciação he feita de accordo com o art. 236 do Cod. Crim.

(4) *Graves ou leves.*

A expressão *graves* entende-se em razão das mesmas palavras em si, e não em razão da pessoa do Pai; por quanto em relação a este fundamento qualquer palavra dirigida pelo filho contra seu Pai presume-se *grave* injuria.

(5) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Pereira de Castro—Dec. 103, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 460, e nota (*c*) a pag. 504, e to. 3 nota (*b*) a pag. 936, e Almeida e Sousa—*Obrig.* pag 261.

(6) *Crimemente*, i. e., de modo crime, criminalmente. Vide *infra* § 11.

(7) *Não toque á nosso Stado.*

Refere-se aos delictos particulares, e não aos contra o Estado, outr'ora denominados de *Lesa Magestade*.

Em vista do art. 75 § 1 do Cod. do Proc. Crim. combinado com o art. 74 do mesmo Cod. e seus §§, ficou abrogada esta excepção.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 505, e nota (*b*) a pag. 936, Almeida e Sousa—*Obrig.* pag. 261, e Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 14 nota 108.

(8) *Feiticeiros.*

Nenhum lexicographo portuguez dá a origem desta expressão, á excepção de Constancio, pois não suppomos vir do Francez—*fetiche*, nem do Inglez—*Fetich*, por quanto conforme Bescherelle, Poitevin, Webster, e outros lexicographos, tanto a expressão Ingleza, como a Franceza vem da Portugueza—*Feitiço*.

Constancio diz que a palavra *feitiço*, vem de *feito* e *isso*, por não ter examinado melhor a questão.

A expressão he Africana, e vem do termo—*Mokisso*, idolo da Guiné, que os Portuguezes por corrupção pronunciarão—*fetisso* e depois *feitiço*.

E como as cerimonias desse idolo se parecião com os sortilegios dos antigos Magicos, ou encantadores, elles ao revez forão applicando aos ultimos o nome de *feiticeiros*, que se generalisou em Portugal, já na epocha da Legislação Affonsina na Ord. do liv. 4 t. 98 § 7.

A melhor prova dessa etymologia está na palavra *Moquisia* tambem de origem Africana, que segundo Moraes significa virtude occulta, que influe no bem e no mal e serve de descobrir os futuros, segundo a credulidade daquellas gentes.

Os povos da Guiné que os Portuguezes descobrirão tinhão duas divindades, uma denominada *Mokisso*, que tinha por sacerdote (*Ganga*) uma velha, a semelhança da antiga Pythia da Grecia, dando seus oraculos em subterraneos, como outr'ora fasia Trophonio.

Além desta divindade havia outra denominado *Checoke*, e hoje mais conhecida por *Wodú* ou *Iteque* cuja residencia ou capella era quasi sempre á beira das estradas.

Sua imagem além de pequena era negra, e somente de noite podião contempla-la os devotos, solemnidade que de ordinario era seguida de transportes e de extasis de algumas horas. Estes factos ainda se repetem entre nós nas *casas* denominadas *de fortuna*, onde se congregão os devotos e iniciados nesses mysterios, tão ridiculos como detestaveis.

Consulte-se Picart.—*Historia das Religiões e Costumes de todos os povos do Globo*

Como os povos Africanos, no culto prestado a estas e outras Divindades, servião-se tambem de objectos animados como serpentes, bodes, rãs, etc., ou inanimados como arvores, pedras, etc., chamou-se culto do *Fetichismo*, o desses idolatras.

Moraes chama *Feitiço* as drogas preparadas por arte magica para fazer criar amor ou odio, etc.

He o equivalente do que elle tambem chama *Moquisia*.

E *Feiticeiros* os homens ou mulheres, que se empregão no fabrico de feitiços, usando das hervas venenosas, e outras drogas, etc.

Tambem significa encantador, ou fascinador de outras eras, e ainda hoje sob o titulo de *magnetisadores*, *espiritistas*, etc., podem-se capitular os individuos que se empregão nessas praticas.

Nas nações barbaras este officio anda sempre annexo ao de medico ou curandeiro, e advinhador, etc.

De ordinario he um officio vil, e reprovado.

Não se pode como tal designar o homem que se emprega nos jogos que a Physica ensina, e não são estes os que a Ord. reputa—*Feiticeiros*, cuja companhia condemna. Provavelmente na epocha em que pela primeira vez os Legisladores Portuguezes promulgarão ésta penalidade, tinhão em vista os Bohemios ou Ciganos, que conservão em particular o seu culto, e se dedicão á taes superstições. Elles abundávão em Portugal, donde por vezes forão repellidos, e por ultimo transportados para o Brasil.

Os primeiros Legisladores que codificárão em Portugal a *Novella* 115 cap 3 § 4 traduzirão a palavra *maleficos*, isto he, os veneficos, encantadores, adivinhadores, e Magicos, por *Feiticeiros* (Vicat—*Vocabularium* vb. *Maleficus*, Pinheiro—*de Testam.* disp. 5 sect. 3 § 7 v. 260, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 317 nota), comprehendendo naquella expressão os que usavão de sortilegios para fazer mal.

E neste sentido tambem os comprehendêo Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 506, e to. 3 nota (*b*) a pag. 937.

Almeida e Sousa no lugar supra citado diz, que hoje esta causa de desherdação he *irrisoria*, salvo se se entender dos que exercitão a arte magica. Estes erão considerados como hereges, pela reprovação com que a Igreja sempre os tratou.

E naquelle sentido tambem se pronuncia Gouvêa Pinto—*Testam.* cap 14 nota 109 dizendo, que em *nossos* tempos com difficuldade se poderá admittir semelhante causa, por ser olhada como *imaginaria* a existencia da *Feitiçaria*, e de algum modo repugnante E deste sentir he tambem Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to 2 pag. 294 e 295, afastando-se aliàs da interpretação de Almeida e Sousa.

Coelho da Rocha não contempla esta causa de desherdação entre as que apontou no § 355, e Corrêa Telles no *Dig. Port.* to 3 art. 1593 nota (*d*), assegura que a deste § *está em desuso*.

Silencio igual ao de Coelho da Rocha, guardão Loureiro e T. de Freitas.

Entretanto a disposição não está revogada; e bem que semelhante causa podesse parecer *irrisoria* em Portugal, onde o rigor da Inquisição exterminou estas e outras superstições a ponto de se tornarem imagina-

mãi (1), ou tratar de lha dar, e não ficar per elle ser-lhe dada, ou der azo (2), favor, conselho ou consentimento a outrem acintemente (3) para lha dar (4).

M.—liv. 4 t. 72 § 8.

9. Item, se per qualquer maneira, per si, ou per outrem, procurar sua morte (5).

M.—liv. 4 t. 72 § 9.

10. Item, se houve affeição, ou ajuntamento carnal com a mulher de seu pai (6), ou com sua manceba, que comsigo tinha em casa manteúda e governada (7); e o mesmo dizemos na filha, que semelhante ajuntamento tiver com o marido de sua mãi, ou seu barregão (1), que a tivesse comsigo em casa (2) manteúda (3).

M.—liv. 4 t. 72 § 10.

11. Item, se deu informação famosa (4) do pai ou mãi á Justiça, pela qual receberam alguma deshonra na pessoa (5), ou dano em seus bens e fazenda (6).

M.—liv. 4 t. 72 § 11.

12. Item, se o pai, ou mãi foram prezos por divida (7), e o filho varão (8) os não quizer fiar para os tirar da cadea, sendo abonado e abastante (9) para os fiar e livrar della, e sendo para isso requerido (10).

M.—liv. 4 t. 72 § 12.

13. Item, se tolhêram ao pai, ou mãi fazerem testamento ás suas vontades, porque neste caso, morrendo o pai neste tempo sem testamento (11), será esse filho, ou filha excluido de sua herança. E não morrendo, poderão depois livremente desherdar esse filho ou filha, que lho tolheo (12).

M.—liv. 4 t. 72 § 13.

---

rias na epocha de Almeida e Sousa, de Gouvêa Pinto e de Liz Teixeira, talvez que outro tanto se não possa dizer nos paizes para onde foi transportada a raça Africana, e que mal educada no Christianismo conserva com pertinacia as superstições que tinha no seu paiz; e he o que se observa em toda a America onde o culto do Deos *Wodu* ou *Iteque* he secreta e religiosamente mantido, tendo seus sectarios, e iniciadores.

Por outro lado depois das dansas das mesas, e do *Espiritismo*, que tantos males tem já produzido na America do Norte e na Europa, pode-se hoje dizer imaginaria a causa apontada no §?

Estas superstições, essas praticas ignobeis devem por toda a parte encontrar um correctivo, ainda que sejão, como muitos suppõem, inoffensivas, o que não se pode crer, ainda mesmo pondo de lado a interferencia sobrenatural, com que se acobertão. E a nossa Policia vedando as chamadas *Casas de Fortuna*, onde Africanos se congregão para essas praticas, bem mostra que ellas não são inoffensivas.

E os pais devem estar armados deste recurso contra os filhos, que desviando-se assim de um comportamento serio e decoroso, lanção sobre suas familias senão a infamia, o ridiculo.

O Al. de 17 de Julho de 1771 declarando no art. 10 *in fine* que a *Arte scenica* ou *dramatica* he por si indifferente, e que nenhuma infamia irroga áquellas pessoas que a praticão nos Theatros publicos, quando aliás por *outros principios a não tenhão contrahido*, exclue a adopção de uma tal profissão do numero das causas de desherdação, porquanto os actores e comediantes não estão no caso dos antigos *Arenarios*, e *Pantomimos* Romanos, reputados infames; mas, como bem observa Liz Teixeira *Dir. Civ.* to. 2 pag. 302, se o filho adopta uma profissão reputada *infame* na Sociedade, o pai póde desherda-lo, a menos que a profissão não seja igual ou identica á do mesmo pai, em vista da *Novella* 115 § 10; — « sentença, que na generalidade acreditamos adoptada entre nós, pois neste caso o filho faz reflectir nos pais essa infamia, e por isso os injuria com tanta, ou maior gravidade, que a das especies do § 4 e 5 da Ord. »

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 506, e to. 3 nota (*b*) á pag. 937.

(1) *Peçonha ao pai ou mãi*, i. e., veneno ao pai ou á mãi.

(2) Der *azo*, i. e., occasião, motivo,

(3) *Acintemente*, i. e., de proposito, de caso pensado para desgostar.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 8 nota (*a*) á pag. 507, e to. 3 nota á pag. 938, e Almeida e Sousa—*Obrig.* pag. 261.

(5) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 507, e to. 3 nota (*b*) a pag. 938, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 43, e Almeida e Sousa—*Obrig.* pag. 361.

(6) He o crime de *incesto*, crime que só será punido no nosso Cod. Crim. art. 252, se o proprio Pai ou offendido accusar!

(7) *Manteúda e governada.*

Se a injuria fôr praticada depois da morte dos Pais, o filho ou filha tornão-se indignos da herança, porquanto ainda assim da-se *incesto*.

(1) *Barregão*, i. e., homem amancebado.

(2) Não sendo a concubina *teúda* e *manteúda*, a pena deixa de ter lugar, maxime em vista da intelligencia dada pelo Al. de 26 de Setembro de 1769, que só sujeitava á punição da Lei a concubina teúda e manteúda com publico e geral escandalo (Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 14 nota 110).

Vide infra nota á Ord. deste liv. t. 89 § 2.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 2 nota (b) á pag. 938.

(4) *Informação famosa*, i. e., a que consiste em diffamar alguem divulgando os seus costumes em particular, e attribuindo-lhe faltas moraes. Officio de delator e intrigante.

(5) Esta falta he o inverso da do § 5 deste tit.

Pelo nosso Cod. do Proc. Crim. art. 75 § 1 não são admissiveis as denuncias dos filhos contra os Pais e vice-versa: e nas causas crimes apenas podem servir de informantes.

(6) Segundo a *Novella* 115 cap. 3 § 7, de onde se extrahio esta Ord., para que esta pena podesse ter lugar era preciso que houvesse *grave* damno, mas aqui basta o simples damno proveniente de causa tão repugnante.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) à pag. 508, e to 3 nota (*c*) á pag. 938.

(7) *Presos por divida.*

Embora a L. 20 de Junho de 1774 no § 19 e o Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno acabassem com as prisões por dividas, ainda ha casos em que esta se verifica, e por conseguinte tambem a penalidade desta Ord. (Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 14 notas 111 e **).

(8) *Filho varão*. Logo a filha está dispensada.

Vide Ord. deste liv. t. 61.

(9) *Abastante*, i. e., abastado, bastante.

(10) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep das Ords.* to. 2 nota (b) á pag 508, e to. 3 nota (*a*) pag. 939, Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 á pag. 136, *Obrig.* pag. 87, e 251, e Loureiro—*Dir. Civ. Bras.* § 397 nota 178.

(11) *Sem testamento.*

Mas o facto deve ser provado por quem nisso tiver interesse (Loureiro—*Dir. Civ. Bras.* § 397 n. 10 nota 179).

Vide Ord. deste liv. t. 84 § 2, e Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 14 nota 112.

(12) Vide Barbosa do respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 2 nota (a) á pag. 509 e Almeida e Sousa—*Obrig.* 243.

14. E se algum pai, ou mãi perdesse o siso natural (1), e o filho, ou filha, ou qualquer outro seu divido (2), que a mingoa de seus descendentes ou ascendentes sua herança podesse herdar *abintestado*, fosse negligente em o curar em sua enfermidade (3), este tal poderá ser desherdado desse pai, ou mãi, ou avô, tornando elles a seu siso e entendimento perfeito, em maneira que possam fazer seus testamentos livremente. E morrendo elles *abintestados*, ou com testamento feito, antes que perdesse o siso, não haverão sua herança os herdeiros, que foram remissos e negligentes em os servir e procurar sua saude. Porque he de presumir, que se tornaram a seu perfeito entendimento, não lhe deixaram sua herança pela ingratidão, que contra elles tinham commettido (4).

M.—liv. 4 t. 72 § 14 e 15.

15. E perdendo algum homem, ou mulher seu siso e entendimento, e aquelle, que sua herança houvesse de herdar, assi per testamento, como *abintestado*, fosse remisso e negligente em o servir e curar de sua enfermidade, e algum estranho lhe requeresse, que procurasse pela saude do desasisado, se não, que elle o serviria e procuraria por ella, e esse, a que tal requerimento fosse feito, fosse nisso remisso e negligente, e o tal requerente servisse o desasisado, e trabalhasse por sua saude, quanto bem e razoadamente podesse, neste caso, elle haverá a herança do desasisado por sua morte, morrendo elle fóra de seu entendimento, e o outro, que havia de haver a herança, será havido por ingrato, e como tal será della excluido (5).

M.—liv. 4 t. 72 § 16.

16. Outrosi, se o pai, ou mãi vierem a ser captivos, e o filho, ou filho forem negligentes em os remir do captiveiro, e esse pai, ou mãi fôr posto em liberdade sem ajuda do filho, ou filha, poderá o pai, ou mãi assi remido do captiveiro desherda-los livremente.

E se o pai, ou mãi morrerem em captiveiro por culpa, ou negligencia de seu filho, ou filha, esse filho, ou filha assi negligente em os pôr em liberdade, será excluido de

(1) *Perdesse o siso natural*, i. e , perdesse o juizo, enlouquecesse.

(2) *Divido*, i. e. , parente por sangue ou affinidade. He expressão antiquada.

(3) *Negligente em o curar em sua enfermidade*.

Esta disposição extensiva á qualquer outra enfermidade; e he sufficiente não prestar os alimentos necessarios, ou o Medico (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 510).

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) á pag. 940, Almeida e Sousa—*Obrig.* á pag. 249 e 331, e Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 14 nota 113.

(5) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* t. 3 nota (*b*) á pag. 686, Mello Freire —*Inst.* liv. 3 to. 5 § 53, e Almeida e Sousa—*Obrig.* á pag. 331.

toda sua herança pela culpa e negligencia que commetteo (1).

M.—liv. 4 t. 72 § 17.

17. Item, poderá o pai, ou mãi, que forem Catholicos Christãos, desherdar livremente os filhos hereges (2), que perfeitamente não

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.* , Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 2 nota (a) á pag. 511, e to. 3 nota (a) a pag. 687, e nota (c) á pag. 940, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 á pag. 137 e *Obrig.* pag. 87 e 331, e Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 14 nota (*).

(2) *Os filhos hereges.*

Os Juristas que tratarão desta materia, depois da nossa Independencia, tem julgado que em vista, do art. 5, e art. 179 § 5 da Const., esta causa se achava *implicitamente* derogada.

T. de Freitas na *Consol.* art. 1016 e §§ não a menciona, entendendo que não devia consolidar esta disposição, e no mesmo sentido procedeo Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 397.

Furtado de Mendonça annotador de Gouvêa Pinto—*Testam.* no cap. 14 n. 15 nota (**) diz o seguinte.

« Depois da Const. do Imperio que no art 5 estabeleceo a *tolerancia* dos cultos, e art. 179 § 5 que ninguem poderá *ser perseguido* por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado e não offenda a moral publica, *parece* contradictorio e repugnante admittir como subsistente semelhante causa de desherdação, por que ataca formalmente a *liberdade de consciencia* garantida pela mesma Constituição em *toda* a sua amplitude. »

Outro tanto declara o segundo annotador dessa Obra na sexta edição o Dr. T. J. Pinto de Serqueira, da seguinte forma :

« Esta razão deixou de proceder pelos arts. 5 e 917, § 5 da Constituição. »

Os Jurisconsultos Portuguezes que escreverão depois de promulgada a Carta Constitucional de 29 de Abril de 1826, outorgada ao Reino de Portugal, cujo art. 145 § 4 he em tudo identico ao nosso 175 § 5, pensarão de modo diverso.

Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 3 art. 1591, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 355 n. 8, e Liz Teixeira — *Dir. Civ.* to. 2 pag, 309 n. 14, contemplão essa causa de desherdação entre as que enumerão, não bastando dizer o § 4 do art. do art. 145 que nenhum cidadão seria perseguido por motivo de religião.

Não tendo nós lei alguma *expressamente* revogando esta disposição (Ord. do liv. 2 t. 44 e L. de 20 de Outubro de 1823), e nem sendo ella inconciliavel com a Constituição, nem no art. 179 § 5 que refere-se á materia crime, *ex vi* da palavra *perseguido*, e tão pouco do art. 5 que *tolera* qualquer outro culto *particular* (Cod. Crim. art. 276), não se acha derogado este §.

O que se *tolera* não se reputa *bom*, supporta-se para que não haja maior mal, e por circumstancias especiaes. Tambem não se considera propriamente *um direito*. Por outro lado :

O casamento não he reprovado pelas leis, e menos pela moral publica, maxime sendo com pessoa *mui digna*: comtudo, neste tit , está sujeito a desherdação do total e de parte da legitima, o filho que o fizer, ainda com todas as solemnidades legaes (D. de 15 de Maio de 1778) e canonicas, faltando tão somente o consentimento paterno; como pois contestar-se aos pais o correctivo deste §, especialmente se se tratar de menores e filhosfamilias, principalmente em uma epocha, em que a predica de ruins doutrinas nenhum embaraço soffre ?

A liberdade de consciencia he por certo cousa mui respeitavel, e, emquanto se reconcentra em nossos corações, nenhum poder humano tem forças para embaraça-la; mas o seu uso externo pode-se embaraçar, interessando a sociedade; e todos os Governos antigos e modernos o tem feito, e ainda hoje o fazem. Circumstancias especiaes autorisão a alarga-la ou restringi-la.

No Brazil quem gosa plenamente dessa liberdade he o Catholico Romano, e nem o Estado que privilegiou a Religião Catholica pode conceder favores a Religiões *toleradas* para a propagação de suas doutrinas, por quanto o seu interesse, em quanto durar a presente Legislação, he mui diverso.

crerem em nossa Santa Fé Catholica, desviando-se do que tem e crê a Santa Madre Igreja (1).

M.—liv. 4 t. 72 § 18.

18. E tudo o que dito he á cerca do pai, ou mãi (2), haverá lugar no avô e na avó, e nos outros ascendentes, assi da parte do pai, como da mãi (3).

M.—liv. 4 t. 72 § 19.

TITULO LXXXIX

Das causas, porque poderá o filho desherdar seu pai, ou mãi (4).

Os casos, em que os filhos e filhas podem desherdar seus pais e mãis(1), são os seguintes.

1. O primeiro, se o pai, ou mãi der peçonha a seu filho, ou filha acintemente, ou per algum outro modo tratasse e procurasse sua morte, esse filho, ou filha poderá licitamente desherdar tal pai, ou mãi de toda sua herança (2).

M.—liv. 4 t. 73 pr.

2. O segundo caso he, se o pai tiver ajuntamento carnal com a mulher de seu filho, ou com sua barregã, que tenha, ou tivesse em algum tempo teúda por sua manceba, sabendo que o era. E bem assi, se a mãi houver ajuntamento carnal com o marido, ou barregão de sua filha, que a tivesse em algum tempo teúda e manteúda (3) por manceba, sabendo que o era (4).

M.—liv. 4 t. 73 § 1.

3. O terceiro caso he, se o pai, ou mãi defendeo, ou impedio a seu filho, ou filha fazer testamento livremente, e segundo sua livre vontade, querendo-o fazer no caso, onde podéra licitamente per Direito testar(5).

M.—liv. 4 t. 73 § 2.

4. O quarto caso he, se o pai der peçonha a sua mulher, mãi de seu filho, ou filha, para a matar, ou a tirar de seu entendimento, ou per outra maneira tratar de sua morte; ou se a mãi fizer cada huma das ditas cousas ao marido, pai do filho, ou filha (6).

M.—liv. 4 t. 73 § 3.

5. O quinto caso he, se o filho, ou filha perdesse o entendimento natural, e o pai, ou mãi não quizessem curar delle, como dissemos no titulo precedente, do filho negli-

---

Como um pai poderia supportar sem injuria que filhos seus, apostatando da Religião da verdade, se fossem iniciar nos antros dos adoradores de Deoses taes como *Wodú*, *Iteque*, *Kali*, e outros ?

Um governo serio não permittiria taes cultos em seu territorio, e um pai seria embaraçado de excluir de sua herança filhos em condições presuppostas, somente por attenção ao principio da liberdade de consciencia !

Taes doutrinas não são aceitaveis, assim como não he a da liberdade completa de Cultos, condemnada pela Igreja e pela rasão social.

Nesta causa de desherdação ha uma difficuldade, a prova respectiva; pois não basta a *simples* declaração do pai, incompetente para este fim. Se o filho não fôr declarado por sentença Ecclesiastica fóra do gremio da Igreja ; e nem elle publicamente manifeste a sua apostasia em termos claros e positivos, tal causa não poderia ser admittida.

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 512, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 5 § 4, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 323 n. 19.

(2) Liz Teixeira no *Dir. Civ.* to. 2 pag. 309 n. 14 diz o seguinte :

« Mas resta notar huma causa, que dá nome especial e distincto á desherdação do filho pelo pai, a qual se diz *officiosa*.

« Quando o pai tem a desventura de o filho se tornar *prodigo*, dispõe a L. 16 § 2 ff. *de curator.*, que se aquelle se convence da dissipação de seus bens, deixando-os á este com livre disposição; póde desherda-lo em beneficio dos netos, devendo porém deixar-lhe alimentos, e o mais, que delle exige o brado da natureza.

« Esta desherdação se distingue por tal nome, por isso que he effeito dos officios, que o Testador deve desempenhar, tanto para com os netos, como par com o mesmo filho :—*Potest pater* et aliàs providere nepotibus suis, si eos jussisset heredes esse, et exheredasset filium, eique quod sufficerit alimentorum nomine ab eis certum legasset addita causa necessitateque judicii sui.

« Esta desherdação prudente, além de officiosa, he chamada tambem em Direito *bona mente*, e *bono animo*. »

Mas em vista do que dissemos na nota (1) ao § 4 da Ord. deste liv. t. 81 á pag. 910, he claro que esta causa de desherdação não seria procedente entre nós.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 407.

No fim desta nota á pag. 411 diz o mesmo Jurista que, em nenhum caso o filho póde ser desherdado daquelles bens, que por Direito lhe competem, não vindo immediatamente dos pais ou avós offendidos, como erão outr'ora os Morgados, prasos, etc. (Pegas —*com.* á Ord. do liv. 2 t. 35 rub. cap. 21 n. 24, e Guerreiro—*de Division.* liv. 2 cap. 1 n. 98, além de Caldas—*de Potestate eligendi* cap. 3 n. 36).

(4) Este tit. he co-relativo ao precedente.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 515, e to. 3 nota (*a*) á pag. 341, e Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 15, Corrêa Telles—*Dig. Port.* arts. 1595 e 1596, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 356, Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 2 pag. 310 § 44, Loureiro—*Dir. Civ. Bras* (seg. edição) § 398, e T. de Freitas—*Consol.* art. 1018.

(1) Vide Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 §§ 44 e 47, e Almeida e Sousa—*Interdictos* pag. 251, *Notas á Mello* to. 2 pag. 286, e to. 3 pag. 306.

(2) Corresponde aos §§ 8 e 9 do t. 88.

Vide Almeida e Sousa—*Obrig.* pag. 679.

(3) *Teúda e manteúda.*

Vide Ord. deste liv. t. 88 § 10 *in fine* nas palavras: *manteúda e governada*, e *tivesse comsigo em casa manteúda.*

A L. de 15 de Março da *era* de Cesar de 1349, foi a primeira que usou destas expressões—*teúda e manteúda*, e por essa lei não se podia diser juridica e naturalmente a mulher, se não vivesse, dormisse, e se sustentasse na mesma casa com o barregão ou mancebo. Era isto essencialmente necessario (*Gazetta dos Tribunaes* de Lisboa n. 393, de 1844).

(4) Corresponde ao § 10 do t. 88.

Vide Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 15 nota 117.

(5) Corresponde ao § 12 do t. 88.

(6) Vide Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 15 nota 118.

gente em curar o pai, ou mãi em semelhante caso (1).

M.—liv. 4 t. 73 § 4.

6. O sexto he, se o filho, ou filha fosse captivo, e o pai ou mãi o não quizesse remir, sendo poderoso e bastante para o fazer, segundo mais cumpridamente temos dito no titulo precedente, do filho, ou filha, que não curou de remir seu pai, ou mãi (2).

M—liv. 4 t. 73 § 5.

7. O septimo he, se o filho, ou filha fosse Catholico Christão (3), e o pai, ou mãi fossem hereges (4).

M.—liv. 4 t. 73 § 6.

8. E tudo o que dito he no pai e mãi, que podem licitamente, nos casos acima ditos ser desherdados pelo filho, ou filha, haverá isso mesmo (5) lugar no avô e na avó, que semelhante maldade houvesse commettido ao neto, ou neta (6).

M.—liv. 4 t. 73 § 7.

TITULO XC.

Em que casos poderá o irmão querelar o testamento do irmão (7).

Geralmente he por Direito permittido ao irmão, que em seu testamento possa desherdar seu irmão (8), postoque não declare causa alguma (1), por que o desherde. E entende-se ser desherdado, ainda que delle não faça menção no testamento. E não poderá o irmão desherdado contradizer e fazer revogar o testamento (2), em que assi fôr desherdado, salvo em cada hum destes casos, que se seguem (3).

M.—liv. 4 t. 74 pr.

1. Quando o irmão Testador fizer herdeiro pessoa infame de infamia de direito, ou de feito (4); assi como, se o herdeiro instituido fosse reputado entre os bons por vil e torpe, e de máus costumes, por ser bebado, tafúl (5), ou de outra semelhante torpeza (6). Porém se o irmão desherdado fosse tão torpe, vil ou infame, como o herdeiro instituido, não pode-

---

(1) Corresponde aos §§ 14 e 15 do t. 88.
Vide Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 41.

(2) Corresponde ao § 16 do t. 88.
Vide Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 137

(3) Corresponde ao § 17 do t. 88.
Vide nota (2) ao mesmo §, e Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 5 § 4, e liv. 3 t. 5 § 44.

(4) *Hereges.*
Sendo esta huma lei odiosa não se póde interpretar senão restrictamente; e assim os que forem simplesmente scismaticos parece que não podem ser desherdados.
Além de que esta expressão entendida restrictamente, parece não pod r alcançar os que abraçarem a Religião Judaica, e outras inteiramente paganicas e idolatras.
Mas como esta pena não he criminal e tão somente civil, e o pensamento do Legislador se deixa bem perceber no § 17 do t. 88, he claro que por *hereges* o Legislador entendeu todos os que apostasiarem, e perfeitamente não crerem em nossa Santa Fè Catholica. O contrario importaria absurdo.

(5) Vide Ord. do liv. 1 t. 10 § 1 nota (3).

(6) Corresponde ao § 18 do t. 88.
Vide Liz Teixeira—*Dir. Civ* to. 2 pags. 310 e 311 no periodo que começa—*a desherdação*, etc.

(7) Vide Novella 22 cap. 47, Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 16, e Liz Teixeira — *Dir. Civ.* to. 2 pag. 310 § 14.

(8) *Seu irmão.*
Comprehende-se aqui o consanguineo e o uterino (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 art. 1599).
Barbosa no *com.* n. 17 sustenta o contrario.

(1) *Posto que não declare causa alguma.*
Esta parte he tirada da L. 27 do Cod. *de inoffic. testam.*
Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*d*) á pag. 93.

(2) *Contradizer e fazer revogar o testamento.*
A rubrica diz: *querelar o testamento;* phrase equivalente.
He este o testamento chamado *inofficioso*, acto perfeito e solemne, mas offendendo os officios de piedade e relações de sangue, que convem attender, não havendo falta de honestidade na pessoa do herdeiro instituido. L. 2 e 3 ff. *de inoffic. testam.*
Para que este testamento possa rescindir-se por meio da acção chamada *querela inofficiosa*, que só tem direito de propôr o herdeiro *ab intestato*, he indispensavel que o testamento se não possa annullar por outro motivo. A querela não prejudica os legados (*Novella* 118 cap. 4, e Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 3).
Esta acção prescreve por cinco annos, não estando o querelante legitimamente impedido. L. 8 § ult. ff *de inoff testam.* Coelho da Rocha—*Dir. Civ* § 692 scholio, apresenta as seguintes questões que offerecem a controversia muita materia:
« O irmão que deixou passar os cinco annos desde a addição da herança do instituido, poderá depois ainda intentar a acção de nullidade.
« Sendo muitos os herdeiros, huns infames, outros não: que parte podem perder os irmãos ?
« Terá lugar a *querela* contra os Legatarios no caso de o testamento não conter instituição de herdeiros? »

(3) Vide Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 3. Almeida e Sousa——*Notas á Mello* to 3 pag. 308, e to. 4 pag. 32, Coelho da Rocha—*Dir Civ.* § 692, Loureiro—*Dir. Civ Braz.* § 381, e Corrêa Telles—*Doutr. das Acç.* §§ 128 e 128 e notas respectivas.

(4) *Infamia de direito, e de feito.*
Infamia de *Direito* he a que a Lei irroga á quem commette certos delictos, ou faltas em que o Juiz o julgou réo, e por elles o condemnou á pena infamante.
T. de Freitas na *Consol.* art. 1020 nota diz: que hoje entre nós, não ha *infamia de Direito.*
Infamia *de feito ou de facto* he a que resulta de acção infame e torpe, segundo a opinião da sociedade, ou dos homens bons.

(5) *Tafúl*, i. e., o jogador por officio ou habito. Barbosa no *com.* n. 6 traduz essa palavra por *aleator*, o jogador de cartas e dados.

(6) Como por ex: a meretriz, o concubinario, o bigamo, o alcayote, o escravo. o ladrão e outros que aponta Barbosa no *com.* de n. 7 á 15, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to 3 art. 1600.
Não se entende pessoa torpe e incapaz de herdar a concubina de homem solteiro (*Gazetta dos Tribunaes* n. 272) sendo unica (Ord. deste liv. t. 92 pr).
Não se entende *torpe* a pessoa que tem algum defeito de nascimento (Barbosa no *com.* n. 15), como sejão os filhos adulterinos, ou sacrilegos (Valasco—*Cons.* n. 171).
Vide Corrêa Telles—*Doutr. das Acç.* § 128 nota 2.

rá elle contradizer o testamento do irmão (1), em que assi fôr desherdado (2).

M.—liv. 4 t. 74 § 1 e 2.

2. E não poderá o irmão contradizer o testamento de seu irmão, em que fôr desherdado, posto que nelle seja instituida alguma pessoa infame, se se contra elle provar, que foi ingrato (3) a seu irmão defuncto, comtanto que a ingratidão seja commettida por cada huma destas causas. Se ordenou por alguma maneira sua morte, ou lhe dormio com sua mulher, ou lhe fez alguma accusação crime, ou lhe procurou perda de todos seus bens, ou da maior parte delles (4).

M.—liv. 4 t. 74 § 3.

TITULO XCI.

Como o pai e mãi succedem na herança do filho, e não o irmão (5).

Finando-se o filho, ou filha sem testamento em vida de seu pai, ou mãi, ou de ambos, o pai e mãi (1), ou qualquer delles, que vivo fôr ao tal tempo, herdará todos seus bens e fazenda, postoque haja outros filhos irmãos do defuncto, porque o pai e mãi excluem em todo (2) os irmãos do defuncto de sua herança (3).

M.—liv. 4 t. 75 pr.

1. E fallecendo o filho, ou filha com testamento, e sendo em idade para com direito o poder fazer, quer seja emancipado, quer stê em poder de seu pai (nos casos, em que o filho (4), que stá sob poder de seu pai, pode fazer testamento), deve necessaria-

---

(1) *Contradizer o testamento do irmão.*

Não podem usar da querela *inofficiosi*:

1º Os filhos de irmãos, salvo tendo a acção sido começada por seus pais. L. 5, § final ff. *hoc tit*, e Heineccio p. 2 § 57.

2º Os irmãos que tiverem acceitado os legados que o Testador lhes deixara. L. 10, § 1 ff. *hoc tit.* e L. 5, ff. *de quibus ut indign.*, alem de Voet—*ad Pand.* liv. 5 t. 2 n. 32.

Mas se estes irmãos, renunciando aos legados, decahirem da querela, perdem os legados. L. 8 § 14 ff. *eodem*, e Waldeck—*Inst.* § 438.

Vencida a querela, a sentença aproveita a todos os irmãos herdeiros *ab intestato* do Testador, que neste caso ficão obrigados a indemnisar o querelante pela quota das respectivas despezas (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 arts. 1603 e 1605).

(2) A L. de 29 de Setembro de 1759 no § 10, roborada pelo D. de 17 de Julho de 1778 determinou que as Irmandades e Confrarias não poderião ser instituidas herdeiras.

Pelo § 21 da mesma lei instaurada pela L. de 20 de Maio de 1796 reputa-se nullo todo o contracto ou disposição em que a *alma* do Testador he instituida herdeira.

E considera-se como tal, instituindo-se herdeira alguma Corporação Religiosa (Ass. de 29 de Março e de 21 de Julho de 1797).

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (c) á pag. 128, e nota (a) á pag. 129, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 13 § 13, e liv. 3 t. 5 § 42, e Almeida e Sousa—*Obrig.* á pag. 499.

(3) *Foi ingrato.*

Este he o segundo caso por que o irmão não pode usar da querela *inofficiosi*.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (b) a pag. 15.

(4) E se a causa da ingratidão não fôr expressa no testamento o herdeiro instituido pode prova-la.

Vide Barbosa no *com.* respectivo, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (a) a pag. 66, nota (b) á pag. 129, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 5 § 44, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 291 e *Obrig.* pag. 294.

(5) O Direito Romano na *Novella* 118 cap. 2, era differente do da presente Ord., por isso que os pais concorrião juntamente com os filhos, irmãos do defuncto, e os sobrinhos filhos daquelles á respectiva herança.

O direito desta Ord. tem por fonte o dos Wisigodos no liv. 4 t. 2 lei 2, que por costume immemorial seguio-se sempre em Portugal (Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 42 § 2 nota 213).

Vide Barbosa no respectivo *com.*, e o mesmo Gouvêa Pinto na nota supracitada *in totum.*, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 335 pr. e scholio.

O Av. n. 578—de 16 de Desembro de 1862 declarou, que as Assembleas Provinciaes erão incompetentes para legislar sobre materia de successões de heranças, que he da exclusiva competencia da Assemblea geral do Imperio.

(1) *Pai ou mãi.*

E tambem os avós na falta de pais, não por direito de *representação*, mas *jure hereditario*.

Existindo avós paternos e maternos são os bens divididos por igual (Novella 118 cap. 2), cabendo a cada casal a respectiva metade (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 art. 860 e T. de Freitas—*Consol.* art. 965).

« Quanto aos filhos naturaes e seus descendentes, diz T. de Freitas, por outra, quanto aos descendentes illegitimos successiveis, sem ascendentes lhe succedem nos mesmos casos em que elles lhes succederião, porque o direito de successão he reciproco. » Almeida e Sousa.—*Notas á Mello* liv. 3 t. 8 § 15 n. 9, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 arts. 863, usque 866.

Entretanto he questão debatida entre os Reinicolas se o pai ou mãi succedem sem differença nos bens, igualmente.

Vide Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 42 § 2 nota 213, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 art. 861.

Emquanto existe um dos quatro avós do defuncto nenhum dos bisavós pode succeder, porque na linha ascendente não ha representação (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 art. 862).

(2) *Excluem em todo.*

A primeira edição diz:—*em todos*, o que he erro.

Estando o pai e mãi divorciados com separação de bens, succede cada um delles na metade da herança (T. de Freitas—*Consol.* art. 965 nota).

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 3, e liv. 3 t. 8 § 4 e 16, Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 379, 388 e 451, to. 3 pag. 434 e to. 4 pag. 383, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 23 § 208 n. 15, Loureiro — *Dir. Civ. Bras.* § 438, e Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 2 pag. 512).

(4) Como no peculio castrense e quasi castrense.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 2 nota (a) á pag. 503 traz a seguinte nota do Dez. Oliveira:

« Probatur ex hac lege, quod parentibus necessario debetur *legitimam*, etiam in bonis castrensibus. Quid autem nos serviços feitos na guerra, ou outros semelhantes? Julgou-se que póde o filho deixa-los á quem lhe parecer, e que não devem vir á partilha: porque este he o costume de todos os Testadores, e porque não se póde dizer que produzem acção estimavel: na causa de appellação de Lisboa, de Antonio da Silva com D. Christina Ayres, de que era *Escrivão* Domingos Dias da Costa, em Julho de 1680. De que se infere, que semelhantemente póde o pai, que tiver filhos, deixar os serviços todos á algum delles; ainda á estranho: Egid in L. *ex hac parte* p. 1 cap. 10 n. 48, quem laudat Olea—*de Cess. jur.* t. 3 q. 8 n. 38.

mente deixar as duas partes de seus bens(1) á seu pai, ou á sua mãi, se os tiver, e da terça parte poderá ordenar, como lhe aprouver. E isto mesmo haverá lugar no avô e avó, e outros ascendentes, porque, onde houver ascendentes (2), não herdará o irmão (3).

M.—liv. 4. t. 75 § 1 e 2.

2. Porém, se o filho, ou filha(4), que tiver bens, que houve do patrimonio, ou herança de seu pai (5), ou do avô da parte do pai(6), se finar *abintestado* sem descendentes, e sua mãi lhe succeder nos ditos bens, e ella se casar com outro marido, ou já ao tempo, que succedeu, era casada, se ella do primeiro marido tiver outro filho, ou filhos, irmãos do filho defuncto, haverá sua mãi o uso e fructo sómente dos ditos bens em sua vida (7); os quaes não poderá alhear (1), nem obrigar (2) nem haverá o segundo marido parte da propriedade delles. E por fallecimento della os haverão livremente os filhos do primeiro matrimonio, que por fallecimento de sua mãi ficarem vivos, sem os filhos do segundo Matrimonio em os ditos bens poderem succeder, nem haver nelles parte alguma (3).

E se ao tempo do fallecimento de sua mãi não ficarem filhos vivos do primeiro Matrimonio, postoque fiquem netos(4), filhos

---

(1) *Duas partes de seus bens.*

He o que entre nós se chama *legitima* (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to 3 arts. 1648).

Vide nota (2) a Ord. deste liv. t. 82 pr.

(2) *Ascendentes.*

Vide nota (1) ao pr. desta Ord., e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 342 e nota.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 503, Almeida e Souza—*Fascic.* pag. 24, *Acç. Sum.* to. 2 pag. 104, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 442 e *Obrig.* pag. 277.

(4) *Filho ou filha.*

Entende-se tanto o legitimo, como o legitimado e o natural (*Gasetta dos Tribunaes* n. 221 pag. 2).

(5) *Patrimonio ou herança de seu pai.*

Se os bens tiverem outra procedencia, a mãi tem nelles completa propriedade (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*c*) á pag. 500).

(6) Vide mais abaixo o § 4 nas palavras—*fasendo de sua mãi*, etc.

(7) *O uso e fructo somente.... em sua vida.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 966 nota, exprime-se por esta fórma, interpretando a expressão *uso e fructo*:

« A palavra *usufructo* indica em Direito uma desmembração do dominio, e póde-se ter o usofructo sem essa desmembração, como acontece na locação que só dá ao locatario um direito *pessoal*, e no fideicommisso que dá ao fiduciario ou gravado um direito *real*.

« Por muito tempo *estive em erro* na intelligencia da Ord. do liv. 4 t. 91 § 2 Esta Ord. não dá ao conjuge binubo com filhos do primeiro matrimonio um *direito de usufructo* (na accepção juridica da palavra), dá uma propriedade fiduciaria.

« Se désse hum *direito de usufructo*, desmembrado assim o dominio dos bens herdados, a núa propriedade de taes bens transmittia-se desde logo aos filhos do primeiro matrimonio, irmãos do fallecido, e consequentemente á seus hardeiros; entretanto que a cit. Ord. § 1 diz que, se ao tempo do fallecimento da mãi *binuba* não ficarem filhos do primeiro matrimonio, posto que fiquem netos, filhos de algum dos ditos filhos, não haja lugar a disposieão da lei, isto he, que os bens não passem aos netos como sua propriedade exclusiva; e sim aos herdeiros da mãi, que podem ser esses netos, e os descendentes do segundo matrimonio.

« Segue-se pois que o caso não he *usufructo*.

« Na alteração que tenho feito não sou auxiliado pela compilação Philippina, porque nella usa-se indifferentemente das palavras *usufructo, e uso e fructo*, como se pode ver na Ord. do liv, 4 t. 98.

« Terá lugar a disposição desta lei, quando não houve primeiro matrimonio, tendo porém a mãi ou pai filhos naturaes successiveis? Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 17 § 157 n. 15 resolve pela affirmativa. Eu resolvo pela *negativa*. »

Eis como expõe Borges Carneiro sua opinião, que tambem não nos parece fundada em direito:

« Parece que procede tambem esta lei, a qual fallou segundo o que mais vezes acontece e quiz beneficiar os filhos successiveis, posto que não fossem *legitimos*, e notar algum tanto o segundo matrimonio: e assim está expressamente disposto pela Ord. do liv. 4 t. 105 para o caso analogo da mulher quinquagenaria. Vide Cordeiro—*Dub.* 15 de n. 5 em diante. »

Vide o mesmo Borges Carneiro § 158 n. 11 e Rebouças—*Obs.* ao art. 966 da *Consol.* a pag. 180.

(1) *Não poderá alhear.*

Corrêa Telles na *Interp.* § 113 diz o seguinte:

« Póde não só ser adquirido direito á hum individuo ainda não nascido, como no exemplo referido; mas tambem esse direito póde ser adquirido por causa do futuro.

« Supponhamos, que o pai ou mãi he herdeiro de um dos seus filhos, e que vende essa herança: he bem vendida. Mas se o pai ou mãi vendedora se tornar a casar, adquirem os filhos do primeiro matrimonio direito á propriedade dos bens do irmão, os quaes o pai ou mãi vendeo. *Auth. de non eligend* § *hoc autem* coll. 1, Ord do liv. 4 t. 91 § 2. Veja-se Gomes—á l 14 Tauri n. 5. »

Vide Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 17 § 157 n. 6.

(2) *Nem obrigar.*

Como se vê ha aqui um verdadeiro fideicommisso por lei creado, e ao mesmo tempo uma restricção ao direito hereditario dos ascendentes (Ord deste liv. t. 82 § 4 e § 1 deste tit.), á quem se inflige uma punição pelo segundo casamento, maxime não sendo elles reprovados pelo Direito Canonico, embora se pallie explicando a lei no interesse que tomou o Legislador em pró dos filhos do primeiro matrimonio.

Vide Cordeiro—*Dub.* 15 de n. 25 em diante, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 17 § 155, 156 e 127 e notas.

Vide o Av. n. 136—de 28 de Maio de 1864. e Ord. deste liv. t. 87 § 12 e notas. O Aviso de 1864 refere-se ao pagamento de decima nestas transmissões de herança.

Consulte-se tambem o D. de 26 de Julho de 1819 annexo ao de 7 de Novembro de 1820.

(3) Silva Pereira no *Rep das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 494 sustenta que se a mulher se casar por consentimento expresso de seus filhos, cessa o onus que impõe esta Ord.

Ha tambem quem sustente que a mãi menor passando a segundas nupcias, não está sujeita á esta pena.

(4) *Posto que fiquem netos.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 967 § 2 diz o seguinte:

« *E não quando existem só netos*, ou isto aconteça logo no tempo do fallecimento do filho do primeiro matrimonio, de quem herda o conjuge binubo, ou ao tempo do seu fallecimento.

« A Ord. do liv. 4 t. 91 § 2 só falla desta ultima hypothese, *ibi*: « e se ao tempo do fallecimento de sua mãi não ficarem filhos vivos do primeiro matrimonio, etc » Ora esta hypothese suppõe as outras, e o conjuge binubo adquire incommutavelmente a propriedade dos bens herdados, huma vez que só existão netos.

« Se não tem lugar o disposto nesta Ord. quando só existem netos, não será isto negar o *direito de representação* entre primos, á menos que concorrão com algum tio? Tal era a opinião de Azão, em contrario a de Accursio, que aliás a Ord. liv. 3 t. 64 § 1 manda seguir.

« Em verdade a opinião de Accursio he hoje a corrente, he a que se observa na praxe. Sempre que se dá o *direito de representação*, ainda que só concorrão primos á successão do tio morto, sem haver tio vivo.

« Como pois conciliar esta doutrina com o texto desta nossa Ord.?

de algum dos ditos filhos, não haverá lugar a disposição desta Lei (1).

Porem, ficando filho ao tempo do fallecimento de sua mãi, e algum neto de outro filho já morto, o dito neto concorrerá na successão do tio morto (2) com o tio vivo (3); e se o filho, ou filha, que se finou, de cuja successão se trata, se finar com testamento (1), guardar-se-ha o Direito Commum neste caso (2).

M.—liv. 4 t. 75 § 3.

3. E sendo a tal fazenda em que assi a dita mãi succeder, do filho em bens moveis, ou dinheiro (3), será a mãi obrigada dar fiança a elles (4) de ficarem em salvo ao tempo de sua

---

« Dizem os Commentadores que ella não trata aqui da successão *abintestato* porem da acquisição de bens que pertencem aos filhos do primeiro matrimonio por beneficio especial, e não *ex vi* de direito de successão.

»Supprimi por isso as palavras da Ord.—*successão do tio morto*, por que ellas embaração uma tal conciliação.

« Desta maneira o caso não vem a ser de *direito de representação*, como nas successões hereditarias Se fosse, a mãi succederia ao filho; o neto e o tio succederião á mãi, e não ao irmão e ao tio fallecido. »

Vide tambem sobre este objecto a nota ao art. 960 § 2 da mesma obra.

(1) *Nao haverá lugar a disposição desta lei.*

Consequentemente a herança materna se distribue *per capita.* A lei neste caso não admitte o direito de representação (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 485)

Os compiladores do Codigo Philippino que no liv. 3 t. 64 § 1 mandarão observar a opinião de Accursio, que em todo o caso sustentava a successão *per stirpes*, neste lugar affastarão-se admittindo a de Azão, que aconselha a *per capita*: o que outr'ora deu motivo á grande controversia entre os Reinicolas, que, para sustentarem a fidelidade da Ord. á doutrina de Accursio, disião que nesta parte não tratava a Ord. da successão *ab intestato*, mas da acquisição de bens, que pertencião aos filhos do primeiro matrimonio *por beneficio da lei*, e não *ex vi* da successão (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a* á pag. 496), como já se disse na nota precedente.

Hoje não obstante a L. de 18 de Agosto de 1769 § 13 que reprovou as opiniões e glosas de Accursio, a sua doutrina se mantem. Vide Pereira de Castro —*Dec.* 3.

Vide sobre a successão *in stirpes*, e *in capita* Almeida e Souza—*Diss.* em supp. ao *Tratado dos Morgados*, Carvalho—*Proc. Orph.* nota 73, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 489 nota 195 que he importante. Contra a praxe admittida, elle sustenta a preferencia da successão *in capita* nas *ab intestato*.

(2) *Successão do tio morto.*

Como se mostrou na nota supra, as palavras *successão do tio morto* estão em opposição com a theoria da successão firmada por Accursio e aceita na praxe.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 496 copia a seguinte nota do Dez. Themudo, sobre a intelligencia da palavra *successão* neste §, e admittida pelos Commentadores:

« Non intelligas hanc Ordinationem considerare *representationem*, quia hæc solum habet locum in successionibus hæreditariis; sed dico, ideo concurrere, quia *Lex ita voluit*, non per representationem, nam mater successit filio *abintestato*; nepos autem, et patruus succedunt matri, et non fratri, et patruo defuncto: nec obstat illud verbum *na successão do tio morto*; intelligitur enim in bonis, quæ fuerunt patrui mortui, quæ illis Lex applicavit, quia voluit, non per successionem hæreditariam: et supposito hoc intellectu, non facit hæc Ordinatio pro opinione Azonis asserentis non dari *representationem* inter filios fratrum, nisi quando cum propriis concurrunt Thiis. »

Esta doutrina he tambem sustentada por Pinheiro —*de Emphyteusi* disp. 5 sect. 4 § 1 n. 83, Pereira de Castro—*Dec.* 3 n. 14 nas seguintes palavras:

« Præsupposito quod Regia Ord. lib. 4 t. 91 § 2 non agit de concedenda repræsentatione, nec de successione *ab intestato, sed tantum de bonis*, quæ ad filios prioris matrimonii pertinent, ex dispositione L. *auth. lucrum*, etc.

E mais abaixo:

« Cumque non deferantur *jure hæreditario*, non habet ibi locum—*repræsentatio* (L. *de tutela*, etc.,— Valasco — *de jure emphy* qu. 50 ex n. 30). Unde fit cum succedant *ex provisione Legis*, nec in stirpes, nec in capita succedunt, *ex sententia* Accursii, vel Azonis.»

(3) *Com tio vivo.*

He somente neste caso que esta successão *ex provisione legis* se distribue *per stirpes.*

(1) *Se finar com testamento.*

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 17 § 157 n. 16 nota diz:

« Pelo que parece não ter lugar esta Lei se o filho do primeiro matrimonio fallecido tinha disposto *somente* da terça dos seus bens: no qual caso a mãi se entende instituida nas duas terças segundo a Ord. do liv. 4 t. 82 pr.: e por tanto as não deve perder recasando-se, por não succeder nellas *ab intestato*.

« Assim se julgou no *Rep.* to. 4 pag. 773 vb. *terça*, havendo voto contrario. »

Eis o aresto á que se refere Borges Carneiro e que copiamos do mesmo *Rep.* nota (*d*), de uma nota do Dez. João Alvares da Costa:

« Si mulieri secundo nuptæ filius ex primo matrimonio nihil relinquat in testamento, et solum de tertia disponat relinquendo eam *extraneo*, censetur relinquisse matri reliquum hæreditatis, quin teneatur aliis filiis aliquid reservare; *ut judicatum fuit*, licet aliquis ex Senatoribus contradiceret. »

E na verdade, sendo esta Ord. toda especial, não podia neste caso prevalecer a regra geral da Ord. deste liv. t. 82 pr, como opinou o voto contradicente daquelle aresto. Convem ler Cordeiro—*Dub.* 15 de n. 68 onde faz distincções mui attendiveis.

(2) *Guardar-se-ha o Direito Commum neste caso.*

Diz Cordeiro *Dub.* 16 n 9 que as palavras *neste caso* não são ociosas, e devem se entender do caso em que a mãi for instituida no testamento, e não o pai; tanto mais quanto no § 4 referindo-se ao pai não distingue as hypotheses, usa das expressões, *no pai, que succeder ao filho*, comprehendendo as duas hypotheses da successão *ab intestato*, e *por testamento*.

E a razão da differença, n 12, he por que o filho, casando a mãi segunda vez não he obrigado a instituí-la em testamento; o que sempre deverá fazer ao pai.

Consulte-se sobre este ponto o mesmo Cordeiro em em toda a *Dub.* 16.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 499, nota (*a*) á pag. 495, e nota (*c*) á pag. 500, Cordeiro—*Dub.* 15 e 16, Reynoso—*Obs.* 43 in totum, Phæbo—*Dec.* 87, Pereira de Castro—*Dec.* 3, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 10 § 17, liv. 2 t. 8 § 11 nota, e liv. 3 t. 8 § 15, e t. 13 § 5, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pags. 84 e 442; que convém consultar por que resume e methodisa as apreciações dos Reinicolas sobre esta materia; e Loureiro — *Dir. Civ. Braz.* § 451 nota 199.

(3) *Bens moveis ou dinheiro.*

Vide mais abaixo a nota ao § 4 na palavra—*fiança*, etc.

(4) *Dar fiança á elles.*

Por tanto a herança do filho neste caso, como já acima dissemos, torna-se um verdadeiro *fideicommisso*. A mãi he obrigada a fazer inventario dos bens, e sujeita-se á todas as penas que a recusa impõe (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 122, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 17 § 157 n. 5).

Como esta Ord. tem inteira connexão com a deste liv. t. 105, a obrigação de fazer inventario tanto no caso da presente Ord., como naquella he identica.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 123 copia as seguintes notas dos Dez. Oliveira e Themudo:

« No caso desta lei podem os descendentes requerer, que a viuva, que casou segunda vez, faça inventario dos bens, que tinha, para com este modo se saber delles, e não se divertirem; *e assim se julgou*; et est secundum doctrinas, de quibus Caldas—*Cons.* 13 n. 1.

« An autem cautionem præstare teneatur? Affirmative respondendum est juxta L. *hac edictali*, § 1 Cod.

morte para o filho, ou filhos, a que hão de vir (1).

M.—liv. 4 t. 75 § 4.

4. E o que dito he na mãi, haverá isso mesmo (2) lugar no pai (3), que succeder ao

de secudn. nupt.; Gonzal. in cap. *cum constat* 8 *de pignorib.* n. 14, argum. etiam Ord. supra tit. 91 § 3. »

O Dez. Themudo exprime-se assim :

« An teneatur *cautionem* præstare de restituendis duabus partibus? *Dic*, quod si *bona* sint mobilia, debet cautionem præstare, ex Ord. hoc lib. t. 91 § 3; et ita *judicatum est* in isto casu, et in terminis hujus Ordinationis, in *causa* de Antonio Pereira do Souto, de Evora, contra Luiz Romão e Francisco Rosado. *Scriba*, Diogo Ribeiro, a na Côrte Domingos de Basto; e Juizes Luiz Pereira de Castro, e Antonio das Povoas. »

Na *Gazetta dos Tribunaes* n. 196 declarou-se em Aresto que o usufructuario, como neste caso he a mãi, tem obrigação de conservar em bom estado os telhados da casa a fim de que não se arruinem pelo seu descuido. Os generos e fructos que se consomem com o uso, devem se restituir taes quaes se receberão, ou reduzir á dinheiro para se usufruirem os juros.

« Os outros moveis que se estragão com o uso, devem ser restituidos no estado em que estiverem, não sendo a ruina por culpa do usufructuario.

« Os titulos, creditos e acções se se perderem ou presreverem por culpa ou omissão do usufructuario, he este obrigado á indemnisar. Mas por mór cautela deve-se no termo da fiança declárar-se que o usufructuario fica obrigado á estes casos.»

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) e (*b*) á pag. 122, e to. 3 nota (*a*) á pag. 442, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 8 § 11 nota, e Almeida e Sousa—*Diss.* pag. 31, *Notas á Mello* to. 3 pag. 442.

(2) Vide Ord. do liv. t. 10 § 1 nota (3).

(3) *Haverá..... lugar no pai.*

A L. de 9 de Setembro de 1769 no § 21 dêo ainda mais força á esta disposição nos seguintes termos :

« Muitas vezes tem chegado á minha Real presença vivas, e repetidas queixas das grandes deteriorações, e subsequentes ruinas, que se tem seguido ás casas dos meus Reinos de segundos, e terceiros casamentos feitos por homens, que depois de terem estabelecido as suas Casas com uma numerosa successão, casão segundas, e terceiras vezes sem necessidade, prejudicando gravemente, e até abandonando os filhos do primeiro matrimonio para interessarem os do segundo por importunas instancias das madrastas.

« E a fim de que cessem estas desordens tão prejudiciaes ao augmento das familias, que contém utilidade publica: Estabeleço, que todo o Pai de familias, que casar segunda vez, tendo filhos do primeiro matrimonio, seja obrigado a fazer inventario dos bens moveis, semoventes, de raiz, e acções que tiver ao tempo do dito segundo matrimonio, e a segurar com caução de indemnidade, as legitimas, que nos taes bens tocarem ao filho, ou filhos do dito primeiro matrimonio; de sorte que não possão distrahir-se, e menos alhear-se por qualquer titulo que seja : Prohibindo, como prohibo, a communicação dos referidos bens pelas segundas nupcias :

« E tudo o referido debaixo das penas de sequestro e nullidade dos contractos, que se fizerem para as alheações das sobreditas legitimas, as quaes gozarão do privilegio dos bens dotaes desde a mesma hora do fallecimento das primeiras mulheres.

« Havendo nestes casaes, prazos, que sejão vitalicios, ficarão pelos factos dos segundos casamentos *ipso jure* nomeados nos filhos primogenitos ; retrotrahindo-se esta legal nomeação ao tempo do fallecimento das defunctas suas mãis ; não obstante quaesquer nomeações, que depois delle se hajão feito, não havendo estas sido a favor dos filhos do primeiro matrimonio.

« O mesmo ordeno, que se observe nos Morgados de livre nomeação ; sendo regulados pelo referido direito dos prazos vitalicios. »

Mas este § ficou suspenso em virtude do D. de 17 de Julho de 1778.

filho(1) ou filha nos bens, que lhe vierão da fazenda da mãi, ou dos avós da parte della(2), se elle se casar com outra mulher, e lhe ficarem por sua morte filhos da primeira, irmãos do filho defuncto, a que elle tiver succedido; porém o pai não será obrigado dar fiança(3), postoque a fazenda seja de bens moveis, ou dinheiro. E não haverá lugar a disposição desta lei nos avós, ou nas avós, que segunda vez se casarem(4).

M.—liv. 4 t. 75 § 5.

TITULO XCII.

Como o filho do peão(5), succede a seu pai(6).

Se algum homem houver ajuntamento(7)

(1) *Succeder ao filho.*

Comprehende a successão *ab intestato* e a testamentaria, no que differe em relação a mãi, como se vê do disposto no § 2 e nota (6).

(2) *Bens.... da fazenda da mãi, ou dos avós da parte della.*

Esta redacção differe da do § 2 nas palavras—*herança de seu pai, ou do avô da parte do pai.*

Mas, segundo Cordeiro—*Dub.* 17, na palavra *Avós* comprehende-se tanto o Avô como a Avó, e outro tanto se deve pensar quanto á palavra—*avô* do § 2 (Cordeiro *Dub.* 17 de n. 1 a 7).

Vide tambem Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 446 de n. 6 em diante.

(3) *Fiança.*

O pai não he obrigado a dar fiança como a mãi *ex vi* do § 3. Cordeiro na *Dub.* 17 n. 37 diz que não sabe a rasão desta differença, e no n. 38 emitte a opinião de que foi-lhes concedido este privilegio *ex ratione paternæ reverentiæ*

Entretanto a L. de 9 de Setembro de 1769 no § 21 impôz aos pais esta obrigação, revogando a presente Ord. nesta parte; cujo §, como acima se disse, não foi mantido pelo D. de 17 de Julho de 1778.

Vide Guerreiro—*de Invent.* liv. 4 cap. 13 n. 15, e Silva Pereira—*Rep. das Ord.* to. 2 nota (*b*) a pag. 442.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Reynoso—*Obs.* 43, Cordeiro—*Dub.* 16 e 17 *in totum*, Mello Freire —*Inst.* liv. 2 t. 8 § 11 nota, e liv. 3 t. 8 § 15 e t. 13 § 5, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 128, to. 3 pag. 217, 442 e 256, e *Obrig.* pag. 119, 163 e 263.

(5) *Peão*, i. e., o homem á pé, plebeu, que não era nobre ou cavalleiro. Tambem se escreve *pião*.

(6) Os direitos hereditarios que por esta Ord. tinhão os filhos do homem que não era nobre, tornarão-se extensivos aos filhos dos nobres pela Lei n. 463—de 2 de Setembro de 1847, que se lerá nos *additamentos* á este liv. Portanto uns e outros ficarão equiparádos.

Esta Ord. sómente trata da filiação paterna, e neste sentido deve-se entender a L. de 1847 (*Gazetta dos Trib.* n. 203).

T. de Freitas na *Consol.* art. 961 nota, diz o seguinte :

« Este Dec. (de 1847) legislou sómente acerca dos filhos naturaes *in specie* em referencia á Ord. liv. 4 t. 92 que delles trata; e sómente a derogou para igualar os direitos hereditarios de todos os filhos naturaes, sem differença de serem os pais nobres ou plebêos. Está firmada a moderna intelligencia do Dec. no Av. n. 180 —de 13 de Julho de 1849. A prova da filiação por escriptura publica diz só respeito á successão *ab intestato*. Quando a filiação consta de testamento, he caso de successão testamentaria. »

Os Avs. n. 29—de 23 de Fevereiro de 1848, e n. 290 —de 17 de Dezembro de 1853 confirmão a doutrina supra.

(7) *Ajuntamento.*

Cumpre attender para a epocha desse facto, por quanto o filho pode conforme o computo considerar-se espurio ou natural (Pereira de Castro—*Dec.* 99).

Vide tambem Themudo—*Dec.* 70 p. 4.

com alguma mulher solteira, ou tiver huma só manceba(1), não havendo entre elles parentesco(1), ou impedimento(2), por que não pos-

---

(1) *Uma só manceba*, i. e., uma só concubina.
Barbosa no *com*. n. 17 diz que destas expressões se deduz o argumento de que, tendo o peão muitas concubinas, são neste caso insuccessiveis os filhos das mesmas tidos.
E assim, diz elle, vi julgar na Casa do Porto no anno de 1586 em uma causa de Catharina Fernandes contra dous filhos *naturaes* que tivera seu marido de duas mancebas em um tempo, sendo Juizes os Dez. Francisco de Caldas Pereira e Francisco Carneiro, *Escrivão* Manoel Pessoa.
Esta doutrina he sustentada por Caldas na sua obra —*de Nominatione emphy*. qu. 21 n. 7, assim como por Ag.Barbosa—*Castigat*. n. 299. Eis o fundamento desta jurisprudencia :
1º—Caldas diz na obra citada: porque a lei considera que os filhos tidos de uma só concubina, são quasi como de esposa (*et sic loco uxoris*), não se podendo dar semelhante affeição, quando o homem tem duas ou mais concubinas, sendo reprovado por Direito Romano o concubinato com muitas mulheres. Sendo o favor da lei dado não sómente por interesse da prole, mas tambem em consideração por essa união, que supposto fosse illegal, não era escandalosa e devassa.
2º—Barbosa declara:que bem que os filhos de muitas concubinas estivessem no caso dos da *unica*,sem obstaculo canonico para o casamento, não reputava a lei os primeiros, *naturaes* para herdarem, por quanto a lei reprova as relações de duas concubinas ao mesmo tempo, ou por causa do maior peccado e grave escandalo, ou talvez em razão da incerteza que havia em reconhecer ou descriminar o filho ou filha de cada uma.
Estas razões, diz Phœbo, expendeo Barbosa em prelecção particular sobre a L. *ex facto* § *si quis rogatus* 1 ff. *ad Trebell*. seguindo Bartholo e outros, pois não as encontramos no *com*. respectivo n. 17.
Além de Barbosa e Caldas, partilha a mesma opinião Pereira de Castro— Dec. 12 n. 10 nas seguintes palavras :
« Ex concubina *naturalem* dicit filium lex Regia, quando *unica* sit. »
E mais adiante no mesmo numero :
« Pluritas enim concubinarum eodem tempore retentarum facit filium esse *spurium*. »
« Et licet pro tali coitu pœna non reperietur apposita, tamen dicitur *damnatus*, quia res est mali exempli. »
E outro tanto pensa Pinheiro—*de Testam*. disput. 5 sec. 1 § 1 n. 32 exprimindo-se assim :
« Adhuc tamen in nostro Lusitano Regno dubitari potest : utrum ad hoc ut filii non sint naturales, opus sit non esse genitos ex *pluribus* concubinis, quas pater eodem tempore haberet ? Illos enim *naturales non esse* ad effectum succedendi patri, *judicatum* fuit in Senatu Portuensi, anno 1586 teste Em. Barbosa *in Remiss*. n.17,videturque fundari *bene* ex ipso textu, ibi: *ou tiver uma só manceba*, et ita expressè tenet Caldas—*de nominat*. qu. 21n. 7. »
E acompanhão a mesma Jurisprudencia, não tão explicitamente como os supra citados,Cordeiro—*Dub*. 11, Reynoso—*Obs*. 33, Portugal—*de Donat*. p. 3 cap. 18, de n 31 em diánte, além de Gama—*Dec*. 167, Cabedo—*Dec*. 100 e 101, B. Pereira—*Promptuarium Juridicum* na palavra —*Concubina* n. 276, e Cardoso—*de Judic*. na palavra *Filius* n. 7.
Phœbo na *Dec*. 76 n. 13 aparta-se da opinião de Barbosa, dizendo que, segundo esta Ord., para se julgarem *naturaes* os filhos, não existe criterio que distinga o filho da concubina *retenta*,do da *extra domum*. Mas que sómente para a prova da filiação,dá-se grande differença, por quanto o filho da retenta tem por si a presumpção, e o outro deve provar que sua mãi ao tempo do ajuntamento, não entretinha relações com outros homens.
Razões bem frageis em presença das de Caldas e de Barbosa, conformes com a letra e espirito da Ord., e com o Direito Romano de onde foi extrahida, além do decóro que mantinha esta doutrina na concessão de taes direitos.
A esta Jurisprudencia de Phœbo acostou-se Pegas—*de Spuriis* glos. 3 n. 36, ainda que para sustentar sua opinião occultasse na citação desta Ord. a palavra *só*, e no seculo 18 Mello Freire—*Inst*. liv. 3 t. 8 § 12 na nota sem explicar o fundamento de sua doutrina, que contra si tinha a lei e a torrente dos Reinicolas; e por isso Almeida e Souza no to. 2 das *Notas á Mello* a pag. 197 contestá-a quando diz: « o Direito Romano ainda tem uso nos naturaes de uma unica concubina ; e nos naturaes geralmente pela nossa Legislação. »
E mais adiante na pag. 198 n. 3, e 281 n. 3 nas palavras:— « a mesma acção compete ao filho natural, *e que lhe he successivel* na fórma da Ord. liv. 4 t. 92.
Gouvêa Pinto—*Testam*. cap. 42 § 1 nota 204, acompanhou Mello, mas, referindo-se á Ord. Affonsina liv. 4 t. 98, parece que não examinou-a com todo o criterio, visto como a presente Ord. affirma com mais clareza o Direito Romano do que aquella Legislação. Comtudo Borges Carneiro no *Dir. Civ*. liv. 1 t. 20 § 119 ns. 3 e 4, he, de todos os Juristas, o mais desembaraçado em manter uma doutrina que tanto contrasta com a letra e espirito da lei e o decóro social, exprimindo-se por esta fórma :
« Está pois abolido entre nós (porque lei ?) e em Hespanha o Direito Romano segundo o qual, para os filhos serem naturaes e *successiveis*, he preciso nascerem de concubina *unica*, que o pai não tivesse outra, ou de mulher honesta, etc.
« Pelo que he natural e *successivel*, e não espurio : 1º o filho, posto que a mãi não fosse concubina do pai, ou este tivesse *mais de uma* (Mello Freire l. 8 §l 2 nota, e Barbosa á Ord. t. 92 pr. n. 17), posto que *ibidem* se leia o contrario por *estreita* adhesão á letra da Ord. »
Em nota accrescenta :
« E ainda que essa mulher fosse *meretriz* ou publica, o seu filho vulgo quæsito (ou *sine patre*) seria *natural* : só com a differença de não poder provar nunca quem fosse seu pai. »
E na nota ao § 179 n. 2 diz que as palavras *uma só manceba* se entendem demonstrativa e não taxativamente, jurisprudencia que diz fundada no costume do Reino, e opinião commum, o que não prova.
Vide tambem sobre esta materia Liz Teixeira—*Dir. Civ*. to. 2 § 12 pag. 496, e Loureiro—*Dir. Civ. Bras*. § 445 nota 199.
Borges Carneiro parece confundir aqui a classificação dos filhos em naturaes e *successiveis*. Embora a praxe geral da Europa, e a equidáde do Direito Canonico, como diz Valasco—*Cons*. 134, considerasse *naturaes* todos os filhos de solteiro e solteira, e assim se julgasse na Casa da Supplicação como attesta Phœbo Dec. 68 n. 6, o que he certo he que esses filhos naturaes não erão *successiveis* pela presente Ord. *ex vi* das palavras—*os taes filhos*.
O que na Ord. Manuelina do mesmo liv. t. 71 pr., de onde esta foi extrahida, he mais explicito, desta fórma: « *os taes filhos* são havidos, e reputados por filhos *naturaes*; e se o padre fôr piam succeder-lhe-hão os *taes* filhos naturaes. »
Se o abuso não se houvera introduzido, tornando *successiveis* todos os naturaes contra a letra e espirito da Ord. o Legislador não se veria obrigado a promulgar a Lei de 1847, restringindo o direito de que gozavão outr'ora os filhos naturaes na prova de sua filiação.

(1) *Parentesco ou impedimento*
He esta, diz Borges Carneiro a nota caracteristica, que distingue os filhos naturaes *in specie* dos *espurios*.
Vide o mesmo Borges Carneiro—*Dir. Civ*. liv. 1 t. 20 § 179 n. 5 e nota.

(2) *Ou impedimento*.
A Ord. Manoelina dizia: *nem outro impedimento*, referindo-se aos semelhantes de parentesco como se póde vêr em Cabedo—*Dec*. 101.
Se os impedimentos não forem dirimentes mas dispensaveis, ainda assim os filhos são considerados *naturaes* (*Gazeta dos Tribunaes* n. 156).
Confronte-se esta Ord. com a do liv. 2 t. 35 § 12 nas palavras: «com tanto que esse filho fosse tal, que com *Direito* podesse ser legitimado por seguinte matrimonio»; e com o que diz Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 198 e 199 n. 3 e nota.
Vide mais adiante nota á Ord. deste liv. t. 93 sobre esta materia.

sam ambos casar, havendo de cada huma dellas filhos, os taes filhos são havidos por naturaes(1). E se o pai fôr peão, succeder-lhe-hão, e virão á sua herança igualmente com os filhos legitimos(2),se os o pai tiver.

E não havendo filhos legitimos, herdarão os naturaes todos os bens e herança de seu pai (3), salvo a terça, se a o pai tomar, da qual poderá dispor, como lhe aprouver. E isto mesmo haverá lugar no filho, que o homem solteiro peão houver de alguma scrava sua, ou alheia (1),

---

(1) *Naturaes.*

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 20 § 179 n. 3 e nota diz : que as palavras desta Ord. devem-se entender *demonstrativa* e não *taxativamente*, e que quaesquer outros filhos *naturaes*, e não os *taes* aqui notados são *successiveis*.

Em outro lugar da mesma obra liv. 1 t. 22 § 196 n. 7 diz o seguinte:

« O filho natural (*vulgo quæsitus*) havido de mulher que tenha ajuntamento com muitos homens no mesmo tempo, he *insuccessivel* ao pai mesmo peão; *não por exclusão legal*, pois hoje abrogado o concubinato elle he equiparado ao filho natural, mas por não poder provar a paternidade.

« E portanto, se no tempo sufficiente para a conceição e parto, a mãi não teve ajuntamento com outro homem, inda que o tivesse antes ou depois, o filho podendo provar a paternidade, *succede* ao pai peão, como filho verdadeiramente natural. Strikio *cit.* cap. 2 § 53.»

E em nota accrescenta:

« Este *he* o espirito da citada Ord. tit. 92 pr., que não faz outra differença de filhos illegitimos, senão de haver ou não entre os pais impedimento para casarem.»

Esta jurisprudencia, em vista do que já dissemos, não se conforma nem com a letra nem com o espirito da presente Ord., nem o caso de *uma só manceba* se refere ao concubinato legal dos antigos Romanos, era uma razão de decoro e de pudor que se mantinha um paiz Christão.

Portanto os filhos *naturaes* aqui apontados são os que o Legislador permittio que fossem *successiveis* pelas circumstancias que os acompanhavão; o que se não dava nos outros, que por isso ficavão na classe dos *espurios*, ainda que realmente não fossem.

Não ha duvida que segundo o testemunho de Valasco—*Cons.* 136, de Phœbo—*Dec.* 68 n. 6 que cita um aresto da Casa da Supplicação do anno de 1596, fundado no Direito Canonico e costume universal, considerava-se filho *natural*, o de qualquer mulher solteira com homem solteiro sem embaraço para casarem; e outro tanto diz Portugal—*de Donat.* liv. 3 cap. 18 n. 36; mas o mesmo Phœbo no n. 8 mostra que ha grande differença entre o filho de solteiro e solteira, sem impedimento de casar, e *o filho de concubina*, o qual he successivel, se sua mãi fôr *unica*. Eis suas palavras: *unica* esse debet ex supradicta Ord., ibi: *huma só*. Jurisprudencia de que depois pareceu affastar-se na *Dec.* 76 n. 13, pois que entre huma e outra decisão o seu pensamento não he mui claro.

Esta questão não he por certo hoje ociosa, por quanto a L n. 463—de 2 de Setembro de 1847, fazendo extensiva aos filhos *naturaes* dos nobres o favor de que gozavão os dos plebeus ou peaens, em nada alterou o sentido que dá a Ord. á palavra filhos *naturaes*, o qual ainda subsiste com a mesma força.

Cumpre notar que na expressão: *filho natural* se comprehende tambem o *neto natural*, etc. Vide T. de Freitas—*Consol.* arts. 208, 212 e 961 nota onde começa: *e dizendo o art.* 960 § 1, etc.

(2) *Filhos legitimos.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 962 nota diz: que pela legislação anterior (refere-se a esta Ord.) não se distinguia se os filhos naturaes do plebêo concorrião com os legitimos, não obstante a epocha do seu nascimento, que podia ser anterior ou posterior ao dos filhos legitimos, como hoje succede com a L. de 1847, em consequencia das palavras, ibi.—*e virão á sua herança igualmente com os filhos legitimos.*

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) a pag. 467.

(3) Corrêa Telles na *Interp.* § 107 diz o seguinte:

« Tem prevalecido no nosso fôro a opinião daquelles, que dizem, que o filho natural de peão tambem succede a *intestado* aos consanguineos paternos (Cordeiro—*Dub.* 14). Porém esta opinião somente me parece racionavel, quando esses consanguineos forem tambem peões. »

Esta distincção desappareceu para a successão com a L. de 1847.

(1) *Scrava sua, ou alheia.*

A Ord. do liv. 5 t. 18 pr. colloca na mesma escala a meretriz e a escrava expressando-se assim: *mulher que ganha dinheiro por seu corpo, ou com scrava.*

Esta parte da Ord. he uma excepção á regra supra.

« O versiculo—*ou alheia*, diz Monsenhor Gordo, parece ter sido derivado da opinião prevalecida no Fôro. Veja-se Antonio da Gama—*Dec.* 312. »

Em verdade a Ord. Manoelina não continha o versiculo *ou alheia*, e como, por Direito Romano, o filho da escrava propria não dependia para ficar livre ou forro da declaração —*se por morte de seu pai ficar forro*, parecia a Ord. correctoria daquelle Direito, e mais austera (Gama—*Dec.* 86, 167 e 312).

E neste sentido entendêrão o accrescentamento das palavras *ou alheia* Bento Gil—*de Honestate* cap. 10 de n. 14 em diante, Cardoso—*de Judic.* na palavra—*Servus* n. 79, Pereira de Castro—*Dec.* 12 n. 11, 12 e 13, o melhor *com.* desta parte da Ord., Themudo—p. 1 *Dec.* 61, e p. 4 *Dec.* 5, além de outros que aponta Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) a pag. 473, declarando que o filho da propria escrava consegue tacimente a sua liberdade, independente de declaração do pai em testamento ou *aliunde*.

Cumpre porém observar que contra esta torrente oppõe-se Thomé Vaz—*All.* 6 de n. 13 em diante, mas sem fundamento juridico.

Referindo-se a esta parte da Ord. diz T. de Freitas na nota 2 ao art. 212:

« Esta disposição só procede (*Rep. das Ords.* to. 2 pag. 473) quanto ao filho da escrava *alheia*, e não quanto ao nascido de escrava *propria*. Este ultimo reputa-se livre pelo proprio facto de sua filiação; por tanto não carece de que seu pai o liberte expressamente. Ora este effeito da filiação natural dá-se actualmente, com tanto que o pai tenha reconhecido o filho por escriptura publica ou por testamento conforme a lei nova de 1847 art. 3. »

Discordando da doutrina de Perdigão Malheiros sobre a intelligencia do art. 3 da L. de 1827 diz *in fine*:

« Coherentemente, no caso acima indicado no *Rep. das Ords.* to. 2 pag. 473, relativo ás finaes palavras da Ord. liv. 4 t. 92 pr., bem se vê que, nem a favor da liberdade, reputo admissiveis *outras* provas que não sejão as do art. 3 da mencionada lei. »

P. Malheiros na obra—*Escravidão no Brasil* § 25 nota 172, contesta a intelligencia da *Consol* por ampliativa das restricções da L. de 1847 desta fórma:

« Casos ha, porém, em que, não obstante escrava a mãi durante todo esse tempo, e em que portanto devêra o filho nascer escravo, elle he todavia livre e ingenuo.—Tal he, v. g., o de ser seu pai o proprio senhor de tal escrava. A Ord. liv. 4 t. 92 pr. assim se deve entender nas palavras finaes—*se por morte de seu pai ficar forro*—; porque repugna ao Direito Natural que alguem possua como seu captivo seu proprio filho, nem as nossas leis isto permittem desde que negão o direito de vendê-los, e implicitamente o dominio, nem já o consentia o Direito Romano, desde Diocleciano, prohibindo vender os filhos e negando propriedade sobre elles.» Na nota 172 diz :

« L. 3 Cod. *Comm. de manumis.* VII, 15; Nov. 78 cap. 4—Neque enim quilibet eum putaturus erit... proprios... filios ex suo natos semine, adhuc relinquere servituros.—Arouca á L. 5 § 1 Dig. *de stat. hom.*;—*Repert. das Ord.* v. *filho natural* do peão e de escrava sua, nota b, com varios DD. v. si fuerit ex ancilla propriâ, tacite libertatem a Lege consequitur.

« E assim decidio unanimemente o Instituto dos Advogados Brasileiros em sessão de 22 de Junho do anno de 1859.

« A distincção (não haver o pai disposto delle até sua morte) que faz o Padre Bremeu no seu *Universo Juridico* cit. § 2 n. 2, v. *Esta conclusão*, etc. he inaceitavel

se por morte de seu pai (1) ficar forro (2).

M.—liv. 4. t. 71 pr.

1. E se ao tempo, que os taes filhos nascerem, o pai, fôr Cavalleiro(3), ou Scudeiro(4), ou de outra semelhante condição(1), que costume andar a cavallo, não sendo o que assi costuma andar a cavallo, Official mechanico(2), nem havido e tratado por peão (3), não herdarão os taes filhos sua herança, nem entrarão á partilha com os filhos legitimos nem com outros legitimos ascendentes (4).

E não tendo o pai descendentes, nem ascendentes legitimos, poderá dispor de todos os seus bens, como quizer. E fallecendo sem testamento, herdarão seus bens os parentes nais chegados, e não os filhos naturaes; por que os filhos naturaes não podem herdar *abintestado* seus pais, salvo se ao tempo, que nascerem (5), forem seus pais peães como dito he. E postoque o pai tenha Or-

---

por contraria á Philosophia do Direito, e aos principios correlativos do nosso direito na materia, assim como ao espirito do seculo e ao progresso da civilisação christã.

« Igualmente não he aceitavel a restricção que faz a *Consol.* das Leis Civis 2ª edição pag. 127 *in fine*, quando exige o reconhecimento do pai por escriptura publica ou testamento; porque amplia a Lei de 2 de Setembro de 1847 a casos de que ella não cogitou. »

A esta doutrina, que se acha reproduzida na *Revista Juridica* de 1865 pag 60, prestamos nossa adhesão, tanto mais quanto não podendo por nosso Direito a Lei geral posterior revogar a especial anterior sem que della se faça expressa menção (Ord. do liv. 2 t. 44), he claro que havendo na presente Ord. uma graça ou beneficio especial em pró da liberdade, não podia a L. de 1847 deroga-la, sem que se fizesse expressa menção.

(1) *Se por morte de seu pai ficar forro.*

Vide nota precedente.

Em 1831 a 18 de Outubro foi julgado na Relação da Côrte pelos Juizes Werneck, Dr. Oliveira e Barboza, Escrivão Assis, que sendo o escravo filho nomeado em testamento podia herdar, ainda que não tivesse ficado livre quando falleceu seu pai.

Em grão de Revista no 1º de Outubro de 1832, foi mandado rever este feito por estar em *notoria* opposição com a lei os fundamentos daquelle julgado.

Esta singular decisão foi assignada por cinco Juizes, havendo dous vencidos *Petra* e *Fragoso*.

Erão partes recorrentes Manoel Barbosa Guimarães e outros, e recorrida Anna parda.

(2) Consulte-se sobre esta Ord. Barbosa no *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 12 e 99, Cordeiro—*Dub.* 11 usque 16, Phœbo—*Dec.* 68, 76, 105 n. 9, 106 n. 20 e 36, 160 e 161, Themudo—p. 1 Dec. 61, p. 2 Dec. 191, e p. 4 Dec. 6 e 70, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) a pag. 467, nota (*a*) a pag. 471, e nota (*b*) a pag. 472, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 3, liv. 3 t. 5 § 4 nota, e t. 8 § 12 e *Hist.* § 51, Almeida e Sousa—*Dissert.* pag. 4 e 12, *Fascic.* to. 1 pag. 24 e to. 2 pag. 20, *Dir. Emph.* to. 1 pag. 16 e 113, *Morgados* pag. 37, *Notas á Mello* to. 2 pag. 33, 197, 199, 281, 283 e 563; to. 3 pag. 298, 437, 455 e 489; e to. 4 pag. 174 e *Obrig.* pag 72, 191 e 365.

(3) *Cavalleiro.* Nesta profissão e na de Escudeiro se dava nobreza

Cavalleiro. Era o homem que servia na guerra a cavallo, e era obrigado a mantê-lo, por ser acontiado, ou se julgar que tinha posses e fazenda para o manter (Ord. Affons. liv. 1 t. 69 § 1).

Differia do *peom* ou *peão*, e se dizia cavalleiro *de contia* (Ord. Affons. liv. 2 t. 52 § 18, t. 36 § 3, e Ord. Manoel. liv. 2 t. 16 § 16).

Os peões podião só chegar a cavalleiros *de contia*, e não de *espora dourada*, que erão os Fidalgos, que ganhando honra de Cavallaria por feito d'armas notavel, erão solemnemente armados *Cavalleiros*, ou recebidos em alguma Ordem Militar (Ord. Affons. liv. 5 t. 94 § 5, e liv. 1 t. 63 § 6 e 20, e liv. 3 t. 100).

Deve-se distinguir de *Cavalheiro*, que tambem significa homem nobre ou de nobre porte e maneiras.

(4) *Ou Scudeiro.*

Moraes no *Dicc.* exprime-se desta sorte:

« Os peões e villãos passavão de servir domesticamente a *Cavalleiros*, e como pagens de lança a levar-lhes os escudos, e então erão *Escudeiros*, e talvez por bons serviços armados *Cavalleiros*; e podião ser filhados (i. e., tomados por ElRey e pelos Infantes ou Principes) em fóros de *Escudeiros Fidalgos*, e *Cavalleiros Fidalgos*.

« Os Fidalgos porém *criados* e educados talvez por grandes Senhores (a quem se devião acostar, se não erão vassallos d'ElRey) de quem se dizião *criados*: em quanto não tinhão idade para o exercicio das armas, erão *Donzeis*; e quando não tinhão feito acção, que pintassem nos escudos, os trazião em branco, e se dizião pagens ou donzeis, e logo *Fidalgos Escudeiros*, até serem *Fidalgos Cavalleiros*, armados em alguma batalha, ou grande feito d'armas, ou expedição militar. »

Escudeiro. Propriamente era o pagem ou criado, que levava o escudo do Cavalleiro, em quanto este não pelejava. Tambem significa o que peleja com espada e escudo a pé, á differença do Cavalleiro, que servia a cavallo.

Outr'ora tinhão trajo e habito proprio do seu officio e graduação.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 325 referindo-se á Ord. do liv. 2 t. 45 § 39 copia uma nota do Dez. Themudo quanto á intelligencia da palavra *Escudeiro*, que aqui reproduzimos:

« Ha quatro especies de *Escudeiros*: a 1ª he dos que tem fôro de Escudeiros na Casa Real, dado por ElRey. Ord. liv. 1 t. 65 § 30: a 2ª dos que sem fôro da Casa Real são feitos Escudeiros por carta, ou privilegio do Rey, em que os ha por taes. Ord. liv. 2 t. 45 § 35: a 3ª dos que são creados em Escudeiros por Senhores, Fidalgos, ou Prelados. Ord. liv. 1 t. 66 § 42, liv. 2 t. 45 § 38 e liv. 5 t. 139 pr.: a 4ª he dos *Escudeiros de linhagem*, que são os que descendem de Escudeiros de alguma das primeiras tres especies Ord. liv. 1 t. 66 § 42, ibi: *Escudeiros de linhagem*: e t. 17 § 2 e liv. 5 t. 16 § 1, e t. 28 § 7. »

(1) *Ou de outra semelhante condição.*

Vide Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 38.

(2) *Official mechanico*, i. e., official, artifice, operario de arte mechanica; e figuradamente o que não he nobre, o plebêo, peão, etc.

Vide a nota seguinte.

(3) *Nem havido e tratado por peão.*

Consulte-se sobre esta parte da presente Ord. Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 33 onde vem a respectiva analyse, assim nas *Obrig.* § 330 pag. 191.

A Carta Regia de 10 de Junho de 1649 que transcreve Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 394 interpreta assim esta Ord.:

« Fui servido declarar que a Ord. do liv. 4 t. 92 § 1 procede naquelles, que sendo peãos, e mechanicos chegavão a lograr essa tal ou qual honra de Cavallaria simples, e para a lograrem deixárão os Officios, e exercicios mechanicos, que com ella se não podião compadecer; e porque se o que he verdadeiramente nobre, usando do seu Officio mechanico, renuncia á nobreza como seria possivel que o mechanico, e vil a adquirisse? E este entendimento prova a mesma Ord. no dito § 1, não sendo o que assi costuma andar a cavallo official mechanico, porque o contrario seria avaliar-se tão baixamente a honra da Cavallaria, que a houvessem de lograr homens mechanicos sem aquelles merecimentos, para cuja satisfação estas vantagens na estimação se instituirão. »

(4) Esta parte foi revogada pela L. n. 463—de 2 de Setembro de 1847, que equiparou os filhos naturaes dos nobres aos dos peões ou plebêos.

Vide mais adiante nos *additamentos* a este liv. a mesma lei.

(5) As controversias que outr'ora excitavão estas disposições, cessárão com a L. n. 463—de 1847 supra citada.

dens menores, não será por isso havido por Cavalleiro, quanto a este caso (1).

M.—liv. 4 t. 71 § 1 e 3.

2. E se ao tempo, que os filhos nascerem o pai fôr peão, ainda que depois seja feito Cavalleiro, ou de outra maior condição (2), não perderão por isso os filhos naturaes a sua herança, ou a parte, que lhes della pertencer, mas havel-a-hão, assi como a deviam haver, se o pai fosse ainda peão ao tempo do seu fallecimento (3).

M.—liv. 4 t. 71 § 2.

3. Porém, se o Cavalleiro (4), que tiver filhos naturaes, não tiver filhos alguns, nem outros descendentes legitimos, e tiver pai, ou mãi, ou outros ascendentes legitimos, poderá em seu testamento deixar toda a sua terça, ou parte della aos filhos naturaes; e não tendo descendentes, nem ascendentes legitimos, poderá em seu testamento (5) deixar toda sua fazenda aos filhos naturaes, se quizer, ou dispor della em outra maneira, como lhe aprouver (6).

M.—liv. 4 t. 71 § 4.

TITULO XCIII.

Como os irmãos de danado coito (7) succedem huns a outros.

Quando algum filho de Clerigo (1), ou de algum outro danado (2), ou

---

(1) *Quanto a este caso.*

Somente para este fim não era reputado *nobre* o Clerigo de Ordens menores.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 394, e to. 2 nota (*b*) a pag 473, e notas (*a*) e (*b*) a pag. 474, Cordeiro—*Dub.* 18, 19 e 20, Phœbo—*Dec.* 106, Pereira de Castro—*Dec.* 99, Themudo—*Dec.* 328 p. 3, e *Dec.* 70 p. 4, Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. pag. 33 e 213, to. 3 pag. 306, e *Obrig.* pag. 56, e Corrêa Telles—*Interp.* § 62.

(2) Vide nota (5) ao § 1 deste tit.

(3) Vide Barbosa no *com.* respectivo.

(4) Revogádo pela L. n. 463—de 2 de Setembro de 1847.

(5) *Poderá em seu testamento.*

Tambem pode hoje fazê-lo o peão quanto aos filhos naturaes *insuccessiveis*, i. e., dos não contemplados nesta Ord.

Vide notas ao pr. deste titulo.

(6) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 notas (*a*) a pag. 472 e 473, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 456, e to. 3 pag. 295, alem de Pereira de Castro—*Dec.* 96.

(7) *Irmãos de danado coito.*

Como se vê a rubrica ou ementa trata somente dos irmãos nascidos de *coito damnado*, mas o texto tambem trata dos que além desta circumstancia nascêrão de coito *punivel*, e outr'ora não poucos erão desta classe.

Actualmente podem-se reputar *puniveis* somente o coito adulterino (Cod. Crim. art. 250 usque 254), e o estupro voluntario ou violento (Cod. Crim. arts. 219 usque 225).

No tit. 92 precedente tratou o Legislador dos filhos naturaes que podião herdar *ab intestato*. Neste titulo trata dos naturaes insuccessiveis por meio do reconhecimento, e dos filhos denominados *espurios*, que são todos cujo pai he ou reputa-se incognito, porque não he confessavel ou perante a sociedade ou perante a lei, pela illegalidade ou reprovação do coito de que procedem. Assim são os *sacrilegos*, os *incestuosos*, e os *adulterinos*. A estes podemos addir os *vulgo quæsiti* ou *concepti*, ainda que suas mãis podessem casar com seus pais, se podesse aponta-los ou conhecê-los.

A palavra *Spurius* latina de onde tiramos a nossa *espurio*, vem, segundo Vicat no seu *Vocabularium*, do Grego *speirô*, que significa semear, dispersar. Erão os filhos de mãi certa e de pai incerto, differindo dos *naturaes*, em que estes erão de ordinario filhos da concubina manteúda, ou de viuva ou de virgem desflorada, e os *espurios* de meretrizes.

Gabriel Paleoti no seu Tratado—*de Nothis, Spuriisque filiis* que Pegas reunio ao seu—*de Spuriis*, annexo ao 5º volume do seu grande Tratado *de Majoratu*, sustenta a mesma idéa de Vicat, e os divide em espurios de *coito damnado*, e em espurios de *damnadas nupcias*; e classifica-os em *Spurii, Vulgo concepti, Varii, Manzeres, Incestuosi, Nefarii, Adulterini, Sacrilegi, Nothi, Hybridæ* e *Bastardi*, etc.

O nome de *Bastardo*, que tambem vem do Grego *Bassára*, meretriz, e que aliàs entre nós he muito usado para exprimir em geral o filho illegitimo, não tem a propriedade de *Espurio*, i. e., o filho que não tem pai certo ou confessavel (Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 4).

T. de Freitas na *Consol.* art. 207, nota que adoptou para os filhos illegitimos a divisão em *naturaes* e *espurios* por encontrar esta distincção nas Ords do liv. 2 t. 35 § 12, liv. 4 t. 36 § 4, t. 99 § 4, no Ass. 5—de 9 de Abril de 1772 e outras leis, e have-las tambem adoptado Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 20 § 179 n. 6, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 60, ainda que, segundo Pereira e Sousa—*Dicc. Jur.* o espurio seja o filho illegitimo de pai *incognito*.

E accrescenta:

« Não ha termo que exprima idéa opposta á da expressão *filhos naturaes*, comprehendendo todos os illegitimos que não entrão nesta classe. A expressão—*filhos de damnado coito* he menos comprehensiva, porque não abrange todos os illegitimos, cujo pai e mãi não tinhão entre si impedimento para casar. »

Nem estes filhos, nem os naturaes podem ainda legitimádos perceber o meio soldo que deixarem seus Pais, bem que os ultimos ainda o possão conseguir, se forem legitimados por subsequente matrimonio (Avs. n. 322—de 14 de Julho de 1862 e n. 471—de 9 de Outubro de 1863).

E a percepção do Montepio da Marinha somente podem alcançar os naturaes legitimados na forma da L. n. 463—de 1847 (Av. n. 137—de 31 de Março de 1863); e nunca após a morte do legitimando, os seus pais (Av. n. 264—de 17 de Setembro de 1864).

Consulte-se sobre esta Ord além de Barbosa no *com.* respectivo, Pegas no seu Tratado *de Spuriis*, que elle com razão denomina *utilissimo*, pois he o mais amplo e rico *com.* desta Ord.

(1) *Filho de Clerigo.*

He este o *espurio* denominado *sacrilego*, que he o filho de um Ecclesiastico secular ou regular, ou de uma Religiosa.

Não se contempla neste numero o filho de Clerigo Grego ou Armenio do Rito Oriental, casado, porque estes podem casar, tendo conservado a antiga disciplina da Igreja (Cardoso—*de Jud.* na palavra—*Filius* n. 19).

No mesmo caso estão os filhos dos Ministros das Seitas heterodoxas, que se casão, porque propriamente não são Sacerdotes no sentido christão, mas simples empregados do Culto.

E bem assim os dos Sacerdotes de quaesquer Religiões, Judaica, ou Paganicas, considerando debaixo desta denominação todas as que estão fora do Christianismo.

Vide Pegas—*de Spuriis* glos. 2 *in totum*.

Cumpre notar que se os espurios não podem herdar tem direito aos alimentos e expensas litis (Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 23 e 24).

O Papa Bento XIV (*Synodo Diocesano* liv. 13 cap. 24 n. 21) determinou que os Clerigos sustentassem seus filhos ainda com as rendas que percebessem das Igrejas.

(2) Vide nota (7) á rubrica deste tit.

punivel coito (1) per nossas Ordenações, ou per Direito Commum (2), a que o pai, ou mãi não pode succeder (3), por assi ser nascido de coito danado, ou punivel, morrer, *abintestado*, succeder-lhe-ha (4), e o herdará seu irmão, filho de sua

---

(1) *Punivel coito.*

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 60 diz o seguinte:

« Os filhos ou são *legitimos*, ou *illegitimos*, conforme são provindos de matrimonio, ou de ajuntamento illicito.

« Os illegitimos, vulgo *bastardos*, ou são *naturaes* ou *espurios*.

«*Naturaes* dizem-se os provindos de ajuntamento illicito, mas de pessoas, entre as quaes não havia impedimento para casar, quer ao tempo da concepção, quer ao do nascimento do filho (Phœbo—*Dec.* 69 n. 9 e seguintes).

« *Espurios*, sendo de *coito damnado*, chamão-se os filhos de pessoas impedidas para casar; e taes são os *adulterinos*, *sacrilegos*, e *incestuosos* (Ord. do liv. 2 t. 55 § ultimo).

« Os *filhos de estupro*, ainda que tal crime seja punivel para o pai, comtudo para os effeitos juridicos são contados entre os *naturaes*, não tendo outro defeito; bem como os *vulgo quæsitos*, a respeito das mãis. »

A respeito dos *filhos de estupro* não foi previdente a L. n. 463—de 1847, deixando de constranger os pais a legitima-los no caso de não casarem com as mãis.

Vide Pegas—*de Spuriis* gl. 3 *in totum.*

(2) *Per nossas Ordenações, ou per Direito commum.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 211 nota, diz o seguinte:

« Logo não basta que o coito seja damnado e punivel pelo Direito Canonico.

« He de grande importancia esta disposição, porque a diversidade de Religião—*cultus disparitas*, por exemplo, he um dos impedimentos dirimentes do Direito Canonico; entretanto que o Direito Romano falla somente dos filhos *sacrilegos*, *adulterinos*, e *incestuosos*. Esta distincção influe nos direitos hereditarios dos filhos naturaes, como se pode ver no art. 964 e nota.

« O impedimento *cultus disparitas* he dirimente em relação a Christãos e infieis, inhabeis para contrahir casamento; não assim relativamente a casamentos de Catholicos com hereges. Esses *casamentos mixtos*, supposto illicitos, são validos.

« A Lei de 11 de Setembro de 1861 faz extensivos os effeitos civis dos casamentos catholicos aos das pessoas que professarem religião differente da do Estado; uma vez que taes casamentos se provem como exige o Regul n. 3.089—de 17 de Abril de 1863. »

Vide sobre esta parte da presente Ord. Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) a pag. 481 no § *Et nota*, etc. e Pegas—*de Spuriis* gl. 3 de n. 35 em diante.

(3) *Pai ou mãi não pode succeder.*

Pela mesma razão por que nada podião dispôr em pró de taes filhos, sendo-lhes licito apenas deixar-lhes legados, e dar-lhes alimentos. Mas hoje esta disposição se acha revogada pelo D. de 11 de Agosto de 1831, que dispõe o seguinte:

« art. unico. Nem a Ord. do liv. 4 tit. 93, nem outra alguma Legislação em vigor prohibe que os filhos illegitimos de qualquer especie, sejão instituidos herdeiros por seus pais em testamento; não tendo estes, herdeiros necessarios. »

Assim actualmente os filhos espurios podem herdar por testamento.

Mas estes herdeiros *testamentarios* não se reputão necessarios ou forçados, e por isso suas heranças e legados estão sujeitos ao respectivo imposto, na conformidade do Alv. de 17 de Junho de 1809 § 8 e 9, como declarou o Dec. n. 1.343—de 8 de Março de 1854, dispondo que *unicamente* tem direito ao gôso da isenção e favores concedidos pelo supradito Alv. nos paragraphos citados, os ascendentes e descendentes que são herdeiros *necessarios ou forçados*, não tendo fundamento a duvida suscitada em vista do D. de 11 de Agosto de 1831.

Vide Silva Pereira—Rep. *das Ords.* to 2 nota (*a*) a pag. 481.

(4) *Morrer ab intestato succeder-lhe-ha.*

Os filhos illegitimos insuccessiveis podião herdar *ab intestato* se fossem legitimados *per rescriptum Principis*, que outr'ora podia fazer o extincto Tribunal do Desembargo do Paço (Ord. do liv. 1 t. 3 § 1, liv. 3 t. 85 § 2 e Res de 17 de Janeiro de 1770).

A L. de 22 de Setembro de 1828 no art. 2 § 1 n. 1 transferio essa attribuição para os Juizes de primeira instancia, que podem portanto conceder *cartas de legitimação* a filhos illegitimos, e confirmar adopções, precedendo as necessarias informações, e audiencia dos interessados. Esses Juizes são hoje os Municipaes em vista do D. n. 143—de 15 de Março de 1842 art. 2 § 5.

T. de Freitas na *Consol.* art. 217 nota (1), diz o seguinte.

« Com muita repugnancia transcrevi a disposição supra da L de 1828, porque hoje não podem haver legitimações *per rescriptum Principis*.

« Ellas erão uma *graça* do antigo Soberano, e uma dispensa na Lei, habilitando filhos illegitimos que a mesma Lei declarava insuccessiveis. Foi uma inadvertencia dar-se tal attribuição ao Poder Judicial.

« As legitimações e adopções pagão o imposto da Tabella de 1841 § 38, e delle tratão os Dec n. 76—de 10 de Julho de 1850, n. 258—de 29 de Outubro de 1851, e n. 236—de 18 de Outubro de 1852.

Furtado de Mendonça nas notas que addicionou ao trabalho de Gouvêa Pinto—T*estam.* cap. 42 § 1 nota (204), tambem partilha a opinião da *Consol.* exprimindo-se desta sorte:

« Logo o tribunal do Dezembargo do Paço quando concedia ao filho do pai nobre a successão *abintestado*, ou testamentaria concorrendo com legitimos; quando igualmente concedia a mesma successão *abintestado* aos filhos de Clerigos ou de outro damnado e punivel coito, obrava como Poder Legislativo, e dispensatorio, suspendendo, como he manifesto, as Ords. liv. 4 t. 92 § 1, e t. 93, bem como a Ord. liv. 2 t. 35 § 12, quando concedia a successão nos bens da Corôa; só não havia dispensa de lei quando habilitava pela carta de legitimação os filhos naturaes de qualquer especie, para succederem nas honras e armas; porque a Ord. liv. 5 t. 92 § 4, as concedia aos naturaes sem distincção; nem quando legitimava os filhos naturaes de peão para successão com os legitimos, porque a Ord. liv. 4 t. 92 pr. a permittia, e para a successão ex-testamento dos illegitimos de qualquer especie, quando não houvessem herdeiros necessarios, não era necessaria dispensa como da Ord. liv. 4 t. 92 e Res. de 11 de Agosto de 1831.

« Mas a Constituição do Imperio, no art. 15 § 8, só á Assembléa Geral Legislativa do Imperio concedeu o poder de suspender e revogar leis, e só quando houver utilidade publica (art. 179 § 2); e por isso parece-nos que não tendo hoje os Juizes de 1ª instancia, nem outros quaesquer, a faculdade que tinha o Dezembargo do Paço como Tribunal Regio e de Graça, a legitimação *judicial* que presentemente he concedida pelos Juizes de Direito do Civel e Municipaes só pode produzir o effeito de habilitar o legitimando para a successão nas honras do pai legitimante, não para entrar nos bens *abintestado* ou ex-testamento concorrendo com legitimo, porque semelhantes effeitos, sendo concedidos antigamente como dispensa, com suspensão de lei pelo Dezembargo do Paço, não tem hoje os Juizes, que as podem conceder, iguaes faculdades; muito mais quando se attende, que já antigamente era expressamente prohibida, e nunca se entendia concedida, senão quando expressamente fosse mencionada na carta de legitimação tal clausula, sem embargo da Ord. que a prohibia.

« Assim a legitimação judicial hoje não dá direito á successão *abintestado*; senão áquelles que pelas leis o tiverem como os naturaes de pai peão, que pela Ord. liv. 4, t. 92 pr. e § 2, succedem promiscuamente com os legitimos *abintestado*: aos illegitimos das mais especies só pode attribuir a successão das honras: para a testamentaria contra a lei não habilita igualmente, e quando não houverem herdeiros necessarios não se faz precisa, porque os pais podem institui-los se quizerem, segundo a Ord. liv. 4 t. 92 e Res. de 11 de Agosto de 1831. »

No mesmo sentido opina Loureiro — *Dir. Civ. Braz.* § 84 e nota 44, assim como no § 453, que convem consultar.

Em Portugal, passando esta attribuição do Desembargo do Paço, para o Conselho d'Estado, tambem esta materia tem encontrado duvidas, como se vê da *Ga-*

mãi (1), postoque nascido de illicito e danado coito, ou punivel, não havendo outro impedimento, senão por serem produzidos de tal coito (2).

E assi poderão succeder a quaesquer outros parentes e dividos por parte de sua mãi conjunctos (3); assi que os irmãos e os outros dividos (1) ulteriores possam entre si succeder *abintestado*, ainda que descendam de danado e illicito coito per linha de mãi conjunctos (2).

E quanto á successão daquelles, que posto que sejão de illicito coito (3), não he porém danado, nem punivel (4), como dito

---

zetta dos Tribunaes, de Lisboa, n. 381 de 1844 e n. 546 de 1845.

Mas em vista da clara disposição da L. de 1828, e pratica estabelecida, cahem por terra todas estas considerações, e subsiste aquella legitimação, a cujo respeito declarou o Av. n. 173—de 27 de Abril de 1863 o seguinte:

« Os filhos espurios legitimados com habilitação para succederem, mesmo *ab intestado*, não estão isentos da taxa, em vista das disposições á que se refere o art. 3 do Reg. n. 2.708—de 15 de Dezembro de 1860, das quaes evidentemente se deprehende que a isenção só aproveita aos filhos que são herdeiros necessarios ou forçados, e não aos espurios nas condições de que trata o quesito (i. e., dos espurios cujos pais tinhão impedimento para o casamento). »

Sobre as legitimações *per rescriptum Principis* consulte-se a *Gazetta dos Tribunaes*, de Lisboa, ns. 234, 242, 252, 381, 402 e 409, dos annos de 1842 e 1843, que são interessantes.

T. de Freitas na *Consol.* art. 218 e nota diz o seguinte:

« Não se concedem as legitimações em prejuizo dos herdeiros legitimos, nem ellas tem a validade de *restituição plenaria;* mas somente aproveitão como uma *simples dispensa.* »

E em nota accrescenta:

« Prov. de 18 de Janeiro de 1799. A Res. de Consulta do Desembargo do Paço de 17 de Janeiro de 1770 estabeleceu a doutrina de não se passarem *cartas de legitimação* sem citação e consentimento dos herdeiros. Como nota judiciosamente Borges Carneiro, deve-se isto entender sómente dos filhos legitimos, ou dos naturaes successiveis, e não dos outros parentes, salvo quando estes tem já direito adquirido á herança.

« He necessario nestes casos distinguir os herdeiros necessarios (descendentes e ascendentes) daquelles que o não são. O direito dos necessarios preexiste antes do fallecimento do pai dos filhos illegitimos. O dos outros herdeiros começa desde o fallecimento, e esse direito assim adquirido he que não se pode prejudicar, sendo que a legitimação se requeira depois da morte do pai.»

(1) *Seu irmão, filho de sua mãi.*

Por Direito Romano era duvidoso se os irmãos uterinos podião herdar dos espurios, ou vice-versa, o que a presente Ord. resolveu affirmativamente (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 127).

(2) *Filho de sua mãi......produsidos de tal coito.*

Pelo contrario se forem filhos do mesmo pai, e de duas concubinas (Barbosa—*com.* n. 15, Pegas—*de Spuriis* glos. 5 n. 5, e Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 22 § 199 n. 7).

(3) *Parentes, e dividos por parte de sua mãi conjunctos.*

Vide nota precedente.

A Ord. não distingue se o irmão uterino he filho legitimo ou illegitimo, colloca todos no mesmo pé para herdarem entre si.

A doutrina de que os irmãos uterinos legitimos ou naturaes, ainda mesmo os *vulgo quæsitos* succedem uns aos outros he corrente entre os antigos Reinicolas como Barbosa—*com.* n. 11 e 15, Carvalho— *de Testam.* p. 1 n. 516, Portugal—*de Donat.* liv. 3 cap. 18 n. 85 e 86, Guerreiro— *Dec.* qu. 93 n. 28, Cardoso — *de Judic.* na palavra—*Filius* n. 35, Vanguerve — *Pratica Judicial* p. 4 cap. 5 n. 99, e Pona—*Orphanol.* cap. 3 n. 23, e sobretudo Pegas—*de Spuriis* gl. 5 n. 8 nas palavras:

« Sic etiam lex nostra (Ord. liv. 4 t. 93) intelligi debet in eo casu, quando cum frater est *legitimus*, et alter *spurius*, quia inter eos datur mutua successio, cum alter eos nulla prohibitio inveniatur, ut colligitur ex nostromet textu, ibi: *morrer ab intestado, succeder-lhe-ha seu irmão, filho de sua mãi;* quod intelligitur, si mater filii legitimi mortua est, quia si dum in vivis est, hæris erit filii legitimi. »

Os Jurisconsultos do seculo passado e presente são accordes com os supracitados (Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 8 § 17 *in fine*, Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 457, *Obrig.* pag. 506 e 507, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 22 § 197 n. 9, 10 e 11, Corrêa Telles —*Dig. Port.* to 2 art. 877, Liz Teixeira—Dir. *Civ.* to. 2 pag. 521, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 343).

Entretanto Borges Carneiro na obra acima apontada diz o seguinte:

« E se á herança do irmão fallecido concorrer irmão legitimo com natural ou espurio? Se o irmão he *legitimo* e germano (*inteiro*), exclue o natural ou espurio, não assim se he unilateral. Strikio *cit.* § 36. Em contrario pensão Struvio e Richter.

« Quando o natural assim concorre com os legitimos succede com elles por igual, e segundo a proximidade do grão sem respeito á qualidade de legitimos; pois o direito de representação entre os naturaes segue a mesma regra que entre os legitimos. Strikio *cit* § 37.

« E o filho natural de mãi *illustre* succede ao irmão uterino legitimo? Deve-se responder affirmativamente, salvo sendo *vulgo quæsitus*: porque como este não succede á mãi, menos deve ser admittido a succeder ao irmão procedente della. Strikio § 38.»

Não sabemos com que fundamento sustenta Borges Carneiro esta jurisprudencia em face da presente Ord. que não faz distincção de mãis. Vide Pegas—*de Spuriis* gl. 7 n. 3.

(1) *Dividos.*

Vide nota (2) á Ord. deste liv. t. 88 § 14.

(2) *Conjunctos.*

Portanto podia o espurio herdar do avô materno por testamento (Barbosa—*com.* n. 12, e Pegas—*de Spuriis* gl. 6), salvo se procedesse de filho gerado de nupcias incestuosas.

Com esta doutrina concorda Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 22 § 199 n. 8 nas seguintes palavras:

« Aos *Avós.* Tambem o mesmo espurio he successivel aos avós e mais ascendentes *maternos* ; não aos paternos (*Rep.* to. 3 pag. 481) : pois a referida prohibição somente está concebida cerca a successão ao pai e a mãi *por arg* da Ord. citada t. 93 (*Rep.* to. 3 pag. 341).»

E tambem pode herdar pela mesma fórma dos collateraes maternos (Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 22 § 199 n. 5 e 6).

(3) *Illicito coito.*

Refere-se tão somente aos filhos *naturaes*, porque os *espurios* provêm de coito damnado ou punivel.

Vide Pegas—*de Spuriis* gl. 7.

(4) *Não he porém danado, nem punivel.*

Além da legitimação dos espurios *per rescriptum Principis* outra tambem existe *per subsequens matrimonium*, de que em alguns casos podem gosar. Antes de Mello Freire era doutrina corrente entre nós que os filhos espurios não podião ser legitimados por subsequente matrimonio. Mas este Jurisconsulto (liv 2 t. 5 § 16 nota) apoiado nas opiniões do Jurista protestante Boehmero, começou a sustentar que os filhos espurios podião ser legitimados, em vista de uma nova interpretação do Direito Canonico sobre esta materia, applicada á intelligencia da Ord. do liv. 2 t. 35 § 12, nas palavras:—« comtanto que este filho fosse tal que *com Direito* podesse ser legitimado por seguinte matrimonio.»

Não se podendo positiva e claramente provar a que Direito refere-se áquella Ord., ainda que da comparação das citadas palavras, com a Ord. deste liv. t. 92 e 93, se manifeste que a intenção do Legislador era conformar-se com o Direito Romano, como bem defende Pegas—*com.* á Ord. do liv. 1 t. § , Solano—*Cogitat.* 71 n. 4, e Almeida e Sousa—*Diss. Jur.* § 32, não obstante dizer Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 296 nota P, que só adevinhando se podia descobrir a intenção do Legislador; do seculo passado para cá tem-se dividido os Jurisconsultos.

Os que querem favorecer a legitimação por subsequente matrimonio, sustentão que a Ord. do liv. 2 t. 35 § 12 refere-se ao Direito Canonico, e o entendem ao modo de Boehmero; os que partilhão a opinião opposta,

he, guardar-se-ha o que per nossas Ordenações e Direito Commum he determi-

---

ou admittão que a referida Ord. refere-se ao Direito Romano ou mesmo ao Canonico, apartão-se da doutrina de Boehmero, interprete bem pouco autorisado para o Direito Canonico.

Assim Mello Freire, posto que Conego, era por suas doutrinas jansenico-gallicanas, inclinado a tudo o que tivesse por fim desvirtuar o Direito Canonico, e os Jurisconsultos creados no mesmo molde forão-o seguindo, como Borges Carneiro, Liz Teixeira, e Coelho da Rocha, etc.

Eis o que a semelhante respeito diz Borges Carneiro —*Dir. Civ.* t. 23 § 203 n. 1, 2, 3 e nota:

« *Commummente* se ensina que, para se induzir esta legitimação, cumpre que no tempo da copula dos Pais ou no do nascimento do filho não houvesse entre elles impedimento *dirimente* para casarem, e que por consequencia esta legitimação não comprehende os filhos espurios, *sc.* adulterinos, incestuosos, sacrilegos; pois que seus pais são incasaveis. Heineccio to. 1 § 159, *Novella* 89 cap. 14, *Nov.* 74 cap. 6, *Nov.* 117 cap. 2. Ord. do liv. 2 t. 35 § 12 vers. *com tanto que*, Pegas—*Forens.* to. 7 cap. 251 n.13, Barbosa—*com.* respectivo, Espen—p. 1 secc. 1 to. 10 n. 33 cit. cap. ibi:—*si autem vis.*

« Este he com effeito o Direito Romano, e a opinião que a citada Ord. *parece haver* adoptado: porém esta decahio depois que o citado Boehmero *demonstrou* que a legitimação por seguinte matrimonio, estabelecida por Direito Romano, he inutil em as Nações modernas, onde não ha copula licita fóra do matrimonio; e que a de Direito Canonico *comprehende* tambem os ditos filhos espurios, quando os pais, removido o impedimento, chegárão a contrahir aquelle Sacramento, cuja virtude *purifica* toda a macula antecedente.

« Nem obsta a citada Ord. porque, *além de tratar de caso especial*, não falla precisamente da hypothese, em que estamos dos pais que tinhão impedimento dirimente, e que com tudo vierão a casar por haver este cessado. »

Coelho da Rocha que partilha igual doutrina diz na nota P o seguinte:

« Pelo direito das Decretaes (o *Canonico*) entendião muitos Canonistas não se ter feito outra alteração nas disposições do Direito Romano, senão conceder este favor aos filhos de estupro, aos quaes as Leis Romanas o negavão: e aos adulterinos, se entre os pais não havia o impedimento *criminis*. Berardo—*Diss.* 6 qu. 2 to. 3.

« Esta foi a opinião *commummente* seguida pelos nossos Praxistas Portuguezes. Pinheiro—*de Testam.* disp. 5 sect. 3 n. 343, Pedro Barbosa—*ad rub. soluto matrim.* p. 2 n. 110, Guerreiro—*Tract.* 2 liv. 1 cap. 4 n. 72 e seguintes, e Pegas—*de Spuriis* pag. 74 n. 30. »

E mais adiante:

« Ainda que conheçamos o respeito que se deve ter ás Leis (refere-se á Ord. do liv. 2 t. 35 § 12, que elle suppõe de accordo com o Direito Romano), não levamos com tudo o escrupulo até o ponto de respeitar como decisivo o argumento tirado das palavras incidentes de uma lei antiga, enunciadas conforme as idéas desse tempo; quando hoje, principalmente depois do Concilio Tridentino, a disciplina, as Leis, e os nossos costumes em materias matrimoniaes tem inteiramente mudado »

Gouvêa Pinto partilha a opinião de Almeida e Sousa da *Diss. Jur.*, de que mais abaixo trataremos (*Testam.* cap. 42 § 1 nota 206 a pag. 274).

Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 2 ns. 464, e 465, expõe desta sorte a sua opinião :

« He preciso porém que aquelles filhos sejão *naturaes*, e não adulterinos, ou incestuosos; *estes* não se legitimão pelo seguinte matrimonio (L. 7 Cod. *de nat. lib.* e Cod. Civ. Francez art. 331).

« Reputar-se-hão incestuosos para os effeitos civis *somente* os filhos de parentes, ou affins, que conforme o Direito Romano não podião casar-se. »

E em nota diz :

« Deste modo pode entender-se a Ord. do liv. 2 t. 25 § 12, e entendida assim cessa a duresa; com que ficão desherdados muitos filhos por causa do largo circulo de impedimentos, que o Direito Canonico estendêo aos matrimonios. »

Depois de classificar *os incestuosos* segundo o Direito Romano, diz no art. 468 :

« Portanto eis que seja dispensado o impedimento de Direito Canonico nos gràos em que a Lei Civil *não* prohibe o casamento, entender-se-hão legitimados os filhos, que os dispensados tiverão antes do casamento. »

Em nota accrescenta :

« As Leis Ecclesiasticas podem reputar incestuosos os filhos para os negocios da sua competencia, mas não para os effeitos civis. Vide Guerreiro—*Tract.* 2 liv. 1 cap. 4 n. 89, e Lobão *á Mello* liv. 2 t. 5 § 14 n. 4 e seguintes. »

As distincções que faz este Jurista no art. 465 interpretando o § 12 do tit. 35 do liv. 2 parece não terem sido acceitas na pratica.

Almeida e Sousa nas *Diss. juridicas* analysando a Ord. do liv. 2 supracitada, em uma especial Dissertação, sustenta a doutrina de que os filhos incestuosos cujo casamento tem possibilidade, segundo o Direito Canonico, por meio da dispensa *in radice matrimonii*, havendo a clausula : *prolem susceptam, si qua sit, et suscipiendam exinde legitimam decernendo*, podem ser legitimados *per subsequens*. Jurisprudencia inteiramente opposta á de Pegas —*com.* á dita Ord. to. 11 cap. 172 gl. 85 n. 5.

Nesta *Diss.* que Almeida e Sousa publicou em 1808, anonyma, não trata da legitimação dos *adulterinos*, e quanto aos incestuosos diz no § 47 :

« Emfim a regra que para haver legitimação *per subsequens* he necessario que os pais podessem contrahir matrimonio ao tempo da concepção, ou nascimento da prole, *he muito dura*, opposta aos principios referidos (§ 41), á equidade, e favor, que pensarão os Doutores citados, *nutritiva* do escandalo entre os filhos antes e depois nascidos, desordens, etc., e opposta mesmo aos fins, que os incestuosos tiverão em vista, e que os animou, e estimulou ao subsequente matrimonio; matrimonio que talvez não contrahirião, e persistirião no concubinato (ou não persistindo nelle deixarião de purificar a macula), se previssem que seus filhos não havião de ficar legitimados. »

Entretanto nas *Notas á Mello* to. 2 ao tit. 5 § 14, 15 e 16 n. 3 nota, sustenta jurisprudencia contraria, ao menos em relação aos filhos adulterinos, como se vai ver:

« A nossa Ord. liv. t. 35 § 12, nas palavras—*Com tanto que esse filho fosse tal, que com direito* podesse ser *legitimado por seguinte matrimonio*. He verdade que *rem dilucidè, ut par est, non decidit.* Porem basta que o decida, como decide, com relação ao Direito.

« Se entendemos do *Civil* junto com a supposição da Ord. liv. 4 t. 92, e 93 só se legitimão *per subsequens* os naturaes, ou sejão de huma concubina, ou de solteira sem concubinato; *e não* os incestuosos, e espurios quaesquer que sejão.

« Se entendemos que faz relação ao Canonico não achamos tal generalidade no cap. *Tanta*, nem em outro algum, antes encontramos huma mais genuina interpretação de Berardo (n. 2), e huma authentica de Benedicto XIV, que analysando aquelles Textos com as suas Integras convenceo Boehmero, que os ampliava a todo o espurio, e incestuoso, e firmou os principios —« Per subsequens matrimonium non legitimatur proles quando copula habita est inter impeditos et proles nata est, eo impedimento perseverante. Si verò constet prolem natam esse sublato impedimento, dubitetur verò, num conceptus sit eodem impedimento perseverante ; tunc in favorem prolis judicium ferendum, est. »

« *Nota:* Se entendemos que a nossa Ord. se remette ao Direito Civil, com a alteração delle na Ord. liv. 4 t. 92, *clara res est*, que pelo seguinte matrimonio só se legitima a prole natural, e não a espuria (qual entre nós não he a nascida de estupro, ou de mulher não concubina. Pegas—*de Spur.* gloss. 3 n. 36, Guerreiro—*Tract.* 2 liv. 1 cap. 6 n. 120, Valasco—*Cons.* 147 e Phœbo.—*Dec.* 76 de n. 11).

« E se entendemos que se remette ao Direito Canonico, he mais seguro seguir huma interpretação authentica do Papa Benedicto XIV, e a de hum Canonista tão sabio, e orthodoxo como Berardo, do que seguir a opinião de hum (ainda que sabio) Protestante Boehmero, em que Riegger se não firmou na nota ao § 197 ; porque no fim refere aquella decisão de Benedicto, como contraria.

« Sendo certo que qualquer Doutor sempre he visto seguir a opinião que refere em ultimo lugar, quando não a reprova. »

nado (1).

M.—liv. 4 t. 81.

Este livro comquanto já composto em 1805 foi revisto e publicado em 1817, como no prefacio declara o autor. Vide tambem *Morgados* cap. 11 de § 12 á 20.

Sobre as dispensas *in radice matrimonii et in prole*, que ainda concedidas não legitimão o filho incestuoso e adulterino(Pegas—*com.* á Ord. do liv. 2 t. 35 § 12, cap. 172 n. 5, e *de Spuriis* cap 32 n. 37), consulte-se Monte—*Dir. Eccles.* § 1030 scholio, e Carriere—*de Matrimonio* to. 2 p. 5 cap. 2, e Collet —*Traité des dispenses* to. 2 diss. sobre as dispensas *in radice* com as instrucções do Papa Bento XIV e do Cardeal Caprara.

Convem tambem consultar o art. 331 do Cod. Civil Francez que nega a legitimação por subsequente matrimonio ao filho incestuoso ou adulterino, com os *com.* de Rogron.

Esta doutrina mais moral he digna de ser mantida por uma jurisprudencia constante.

T. de Freitas na *Consol* art. 216 diz:

« Verifica-se a legitimação por subsequente matrimonio, quando o filho he *tal* que por Direito póde assim ser legitimado (Ord. do liv. 2 t. 35 § 12). »

Em nota com muita razão accrescenta:

« Quaes são esses filhos, que *por Direito* podem ser legitimados por seguinte matrimonio? A lei não declara, e seus interpretes são divergentes. O caso he que a Ord. *exclue a generalidade*, e não se lhe póde attribuir a amplitude do Direito Canonico.

« O matrimonio, se diz, elevado a dignidade de Sacramento, *purifica* toda a macula anterior. Mas, se a lei em favor do casamento e da legitimidade, póde cobrir o vicio do nascimento de um filho, e offerecer o meio de repara-lo, não deve comtudo sanccionar a obra do adulterio e do incesto.

« Que serviço matar esta famosa questão com um rasgo de penna! »

Em nota ao art. 215 referindo-se á mesma Ord. diz:

« He especial (Ord. do liv. 2 t. 35 § 12) para a successão dos antigos bens da Corôa, mas, se a legitimação por subsequente matrimonio produzia effeito á respeito desses bens privilegiados, *com mais razão* applica-se aos bens communs. Tem sido este o nosso Direito.

« Estará comprehendida esta legitimação *per subsequens matrimonium* no D. de 2 de Setembro de 1847, dependendo a filiação natural, como nos mais casos. das provas de escriptura publica ou de testamento? Será necessaria a prova de escriptura publica antes do casamento, para que os filhos primeiros concorrão á herança paterna com os legitimos?

« A solução *negativa* não nos parece duvidosa, já que não vemos na Lei nova uma nova disposição em contrario, semelhante á do art. 331 do Cod. Civ. Francez.

« O favor da legitimação opera-se de pleno direito por bem da regra:—*Tanta vis est matrimonii, ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium legitimi habeantur.*

« He preciso para esta legitimação que preceda o reconhecimento do filho? Pelo Direito actual a solução não póde deixar de ser negativa (Perdigão—*com.* á L. de 2 de Setembro de 1847 qu. 22). »

Além da *Consol.* temos ainda Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* (segunda edição) que com mui juridicos fundamentos contesta a doutrina de Mello Freire nesta materia, e he de muita solidez tudo quanto o mesmo Jurisconsulto expõe nos §§ 79, 80 e 81 e notas, maxime os de ns. 41 e 42, em que desenvolve a doutrina do Papa Bento XIV na Encyclica dirigida ao Arcebispo de Hispaniola que começa: *Redditæ nobis*, refutando Boehemero e seus adherentes.

Na *Gazetta dos Tribunaes*, de Lisboa de 1842 a 1844 lêem-se sobre esta materia differentes pareceres dignos de ser consultados nos ns. 82, 109, 241, 251, 277 e 307.

Em favor da nossa opinião temos os trabalhos da *Gazetta* ns. 82 e 277, sustentados por dous notaveis Jurisconsultos os Drs. João de Sousa Santos Ferreira e João de Deos Antunes Pinto, que a mesma folha chama distincto e insigne Canonista: a contraria se acha nos outros numeros supra citados, sendo que a opinião de Associação dos Advogados (*Gazetta* ns. 241 e 251) está de accordo com a de Mello Freire e de Boehemero.

(1) Vide sobre esta Ord. Barbosa no respectivo *com.*, Pereira de Castro — Dec. 41, Pegas— *de Spuriis* in totum, Guerreiro—Dec. qu. 93, Themudo—Dec. 70 p. 1, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 480, e nota (*a*) á pag. 481, to. 3 nota (*a*) á pag. 127, e to. 4 nota (*a*) á pag. 107, e nota (*a*) á pag 108, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 8 § 13, Corrêa Telles—*Interp.* § 62, Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 198, to 3 pags 300, 307 e 440, to. 4 pags 41 e 147 e *Obrig.* pags 492, 505 e 506.

Consulte-se tambem a *Gazetta dos Tribunaes* n. 191 de 1844 no art. *Direito Civil*.

TITULO XCIV.

Como o marido e mulher succedem hum a outro (1).

Fallecendo o homem casado *abintestado*, e não tendo parente (2) até o decimo grão contado segundo o Direito Civil(3), que seus bens deva herdar, e ficando sua mulher viva, a qual juntamente com elle estava e vivia em casa teúda e manteúda(4), como mulher

---

(1) Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 42 § 4 nota 217 diz o seguinte:

« Note-se que esta quarta ordem de successão, que se acha adoptada pela Ord. liv. 4 t. 94, foi primeiramente estabelecida á instancias do povo nas Côrtes de Elvas, no tempo do Senhor D. Pedro I, o que depois passou-se para a Ord. declarando o Senhor D. Affonso V, que estando um dos conjuges *separado* ao tempo da morte, lhe não succederia o outro, mas sim o Fisco, na fórma da L un. ff. *unde vir et uxor*, etc. »

Vide Almeida e Sousa —*Notas á Mello* to 3 á pag. 459.

(2) *E não tendo parente.*

Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 2 art. 880, sustenta a seguinte doutrina, que nos parece juridica:

« Se o marido era parente de sua mulher, e casarão com dispensa, fallecendo um delles *abintestado*, o sobrevivo toma o seu lugar, segundo o grão de parentesco, que tiver, para excluir os outros parentes mais remotos até o decimo grão. »

E na nota accrescenta: *assim se deve entender* a Ord. do liv. 4 t. 94.

(3) *Direito Civil*, i. e., o Direito Romano.

A Ord. tambem refere-se á esse Direito sob a denominação de *Direito Commum* ou simplesmente *Direito*.

Pelo contrario quando refere-se ao *Direito Canonico* expressamente o enuncia.

Pela expressão *conforme á Direito*, tambem a Ord. algumas vezes refere-se ao *Direito Patrio*.

He isto mui conveniente attender na interpretação das Ords.

Vide Almeida e Sousa—*Diss. Jur.* na primeira § 32 e *Morgados* cap. 11 § 19, alem de Pegas—*com.* á Ord. do liv. 1 t. 62 § 24 n. 3.

Corrêa Telles na *Interp.* § 46 nota o seguinte:

« A L. de 9 de Setembro de 1769 § 26 diz, que se devolverão ao herdeiro os Prazos, quando por morte do emphytheuta não existão collateraes até ao 4.º grão inclusive, contado conforme o Direito Canonico.

« Supponhamos que por morte de Foreiro concorrem á successão dous parentes em 4.º grão de Direito Canonico, mas que um destes he mais proximo em grão conforme a conta do Direito Civil.

« Este, quanto a mim exclue o outro mais remoto pelo Direito Civil; por que aquella Lei não teve em vista revogar a Ord. liv. 4 t. 94, quiz unicamente fixar o ponto em que a successão dos Prazos, finalisaria *abintestato*. »

Vide T. de Freitas na *Consol.* art. 959 § 3 e nota.

(4) *Vivia em casa teúda e manteúda.*

Portanto se estivesse separada por sentença de perpetuo divorcio no Juizo Ecclesiastico, não herda(Corrêa Telles —*Dig Port.* to. 2 art. 881).

Mello Freire nas *Inst.* liv. 3 t. 8 § 18, assim como Gouvêa Pinto—*Testam.* cap. 42 nota 217 e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 345 sustentão a doutrina de que se o conjuge sobrevivo, foi o autor ou culpado da separação, somente neste caso, he que não pode herdar.

com seu marido(1), ella será sua universal herdeira(2).

E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher, com que estava em casa manteúda, como marido com sua mulher, se ella primeiro fallecer sem herdeiro até o dito decimo grão(3). E nestes casos não terão que fazer em taes bens os nossos Almoxarifes (1).

M.—liv. 4 t. 69.

Esta jurisprudencia já he antiga entre nós, pois Valasco—*de Part.* cap. 6 n. 54 e 56, e Barbosa no *com.* n. 3 e Portugal— *de Donat.* liv. 3 cap. 19 ns. 55 e 56 já a sustentavão.

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 122 n. 17 vai mais longe, pois accrescenta:

« Esta doutrina procede não sómente no caso de separação decretada por sentença do Juizo Ecclesiastico; mas quando o conjuge abandonou o outro sem causa, ou o expulsou de casa. *Arg.* da citada Ord. do liv. 4 t. 94. »

No que tambem concorda Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 461 n. 3.

Loureiro no *Dir. Civ. Braz.* § 460 pensa differentemente, e sua doutrina comquanto mais racional, não está admettida : Eis como elle se exprime :

« Não obstante a generalidade dos referidos Codigos, Portugal— *de Donat.* liv. 3 cap. 19 ns. 55, e 56 e P. Barbosa—*ad rub. solut. matrim.* sustentão, que mesmo no caso de separação o conjuge sobrevivente succede ao defuncto, se foi este quem deo causa a separação ; o que nos parece inadmissivel, já por que a successão *ab intestado* funda-se na presumpção de amisade (nota 189), que se suppõe entre pessoas conjunctas pelo sangue ou pelos vinculos de matrimonio, e esta fallece a respeito dos conjuges, que não vivem juntos como mulher com seu marido, já por que não se póde tolher á Fazenda Publica o direito de successão, que neste caso tem ella fundado em lei clara e terminante, por conjecturas e instrucções, que a mesma Lei não fez, e que os executores della não podem fazer. »

Almeida e Sousa diz ainda no lugar supracitado :

« E se o divorcio he por culpa de ambos não succedem um ao outro : *secus* si bona gratia *in casu licito* ex communi concordia separatio fiat. »

Borges Carneiro accrescenta ao § citado n. 22 :

« Succede porém o conjuge ainda que o matrimonio não chegasse a consummar-se: opinião mais provavel em Strikio *cit.* cap. 1 § e *cit.* tit. 11 § 2 : ao menos quanto ao conjuge innocente. Vide § 127 n. 15 deste titulo. »

Esta opinião he insustentavel, em vista da Ord. deste liv. t. 46 § 1, que torna indispensavel a copula para haver perfeito casamento.

Vide nota (3) á Ord. deste liv. t. 89 § 2.

(1) *Como mulher com seu marido.*

Portanto não comprehende a noiva ainda com escriptura de esponsaes, e a concubina, ainda que seja *unica* (Ord. deste liv. t. 92 pr.), teúda e manteúda (Barbosa —no *com.* respectivo n. 2).

Borges Carneiro do *Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 122 n. 18 e seguintes, expressa-se assim :

« Não succede o conjuge :

« Se o matrimonio era nullo e illegitimo (*Rep. das Ords.* to. 3 pag. 650).

« O que tambem estendem ao putativo no cit. *Rep.* pag. 650, e em Strikio *cit.* t. 11 § 3 : onde comtudo com rasão se ensina como mais provavel a opinião contraria (Vide § 113 n. 2 e seguinte deste liv.).

« Se o conjuge viuvo matou o seu consorte, ou o deixou morrer por falta de alimentos, etc. *Rep.* cit. pag. 651 com Guerreiro, etc.

« Entre *esposos*; pois a lei trata somente de *conjuges.* Strikio *cit.* tit. 11 § 3 e *Rep.* cit. pag. 650 ; onde opinão o contrario Portugal, Gomes, e outros. »

(2) *Universal herdeira.*

Outra era a jurisprudencia por Direito Romano (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 12 § 122 de n. 5 á 14).

(3) *Decimo grão.*

Sobre o modo de contar os grãos de parentesco por Direito Canonico ou Civil consulte-se Coelho da Rocha —*Dir. Civ.* § 61 usque 65, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 11 § 104 de n. 20 á 48, e tit. 18 § 161 e 162, Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 2 pag. 516, e Monte—*Direito Ecclesiastico* to. 2 § 956 scholio 2 e tambem a arvore de consanguinidade, bem como as outras de affinidade e cognação á pag. 246.

T. de Freitas na *Consol.* art. 959 § 3 nota observa o seguinte :

« Por *Direito Civil*, i. e., por Direito Romano, por quanto na linha collateral ou transversal sua computação dos grãos de parentesco diverge da do Direito Canonico.

« Pelo Direito Romano contão-se todos os grãos (gerações), subindo por uma das linhas até o tronco, e descendo pela outra linha; entretanto que por Direito Canonico contão-se os grãos só por um dos lados, se elles são iguaes ; e pelo lado maior, se estes são desiguaes.

« Ora, se por Direito Civil contão-se os grãos de ambos os lados, já se vê que não ha 1º grão. Assim :

« Meu irmão he meu collateral em 2º grão.

« Meu 1º sobrinho (filho de meu irmão) he meu collateral em 3º grão.

« Meu thio tambem he collateral em 3º grão.

« Meu 2º sobrinho he meu collateral em 4º grão.

« Meu 1º primo (filho de meu thio), tambem he meu collateral em 4º grão.

« E assim por diante até o decimo grão.

« Logo são meus collateraes em *decimo* grão, meu 8º sobrinho, e meu 7º primo. »

(1) *Os nossos Almoxarifes.*

Refere-se ao Fisco, á Fazenda Nacional que he a herdeira de todos os bens vagos, e heranças jacentes.

He esta a quinta e ultima ordem de successão legitima (Ord. do liv. 1 t. 90, liv. 2 t. 26 § 17. D. n. 160—de 9 de Maio de 1842 art. 3 § 2 e n. 2433—de 15 de Junho de 1859 art. 11 § 2).

Mas na qualidade de herdeira a Fasenda Nacional, está como os outros sujeita aos onus da herança não entregando-a a qualquer herdeiro que appareça, sem a competente habilitação (Alv. de 26 de Abril de 1801).

T. de Freitas na *Consol.* art. 959 § 5 e nota, referindo-se a esta successão diz :

« Ord. do liv. 4 t. 94 *à contrario sensu.*

« Succede a Fazenda Nacional, depois que os bens das heranças são julgados *vagos* ou *vacantes*, em conformidade do art. 33 do cit. Reg. (n. 160 — de 1842) e art. 1259 da *Consol.*

« Antes porem de se haver por vaga, a herança he jacente, tendo lugar todo o procedimento do cap. 8 deste titulo. Não ha pois herança *vaga*, sem que primeiro fosse *jacente*; mas a herança, pode ser jacente, e não chegar a ser vaga, por terem apparecido herdeiros que se habilitarão.

« Todas as providencias sobre a arrecadação e inventario dos bens das heranças jacentes, e habilitação dos herdeiros que apparecem (cujo direito sempre se respeita, tem somente por motivo o interesse eventual da Fazenda Nacional, que he sempre herdeira em falta das pessoas que a lei contempla.

« He erro pensar que taes providencias á bem da Fazenda Nacional tem por motivo a cobrança dos impostos da Decima e dos Sellos. Em muitos casos cobrão-se esses impostos, sem que seja necessario arrecadar as heranças.

« Faltou contemplar (Rebouças—*Obs.* á este art.) depois dos conjuges, e antes do Estado, os Regulares secularisados conforme a Lei de 19 de Novembro de 1821, adoptada pela de 20 de Outubro de 1823. »

« Achão-se contemplados no art. 982 § 1 *infra* com o apoio das Leis citadas. »

Sobre as heranças jacentes e vagas consulte-se a mesma *Consol.* do art. 1231 á 1269.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to 3 nota (*b*) á pag. 419, e nota (*a*) á pag. 650, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 5 § 6 nota, t. 6 § 26, t. 7 § 6, e liv. 3 t. 3 t. 8 § 1 nota, e *Hist.* § 59, Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 326, to. 3 pag. 106, 140, 433, 457 e 459, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 345 e 346, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 460 e 461.

O Av. n. 212—de 6 de Junho de 1866 declarou que os bens deixados pelos escravos da Nação pertencem á Fasenda Nacional.

TITULO XCV.

Como a mulher fica em posse e cabeça de casal por morte de seu marido(1).

Morto o marido, a mulher fica em posse e cabeça de casal (2), se com elle ao tempo de sua morte vivia,em casa(1) teúda e manteúda, como marido e mulher(2):e de sua mão receberão os herdeiros do marido partilha de todos os bens, que por morte do marido ficarem, e os legatarios os legados :

Em tanto que se alguns dos herdeiros, ou legatarios, ou qualquer outra pessoa tomar posse de alguma cousa da herança depois da morte do marido, sem consentimento da mulher, ella se pode chamar esbulhada(3),e ser-lhe-ha restituida;e pois que tanto que o casamento he consummado per copula(4),he a mulher feita meeira em todos os bens que hão ambos (como dissemos no Titulo 46 : *Como o marido e mulher*) ; e o marido por morte da mulher continúa a posse velha(5),que antes tinha,justa razão

---

(1) *Cabeça de casal por morte de seu marido.*
Vide Barbosa no respectivo *com.*, Gama—*Dec.* 4, 97, 105 e 333,Valasco—*Cons.* 111 n. 19 e 480, *de Partit.* cap. 6 e Phœbo—p. 2 *Arest.* 11 e 12.

Cabeça de casal, diz Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 474, chama-se a pessôa que está na posse e administração da herança, e a quem os co-herdeiros vem pedir as partilhas.

No scholio diz :

«Na Ord. liv. 4 t. 95, na Manoelina tit. 7 e Affonsina tit. 12, acha-se determinado, que ao conjuge sobrevivo compete ficar em posse e cabeça de casal até as partilhas; e na outra Ord. t. 96 § 4 , 9 e 10 se encontra a mesma disposição em favor do *irmão*, que estava na posse ao tempo da morte do ultimo dos pais.

« Porém nem nestas Ords. nem nas leis Romanas, de onde taes doutrinas forão pela maior parte tiradas, se vem fixados os direitos, que competem ao Cabeça de casal relativamente aos *bens communs*: provavelmente por que contavão ser executadas á risca, em quanto determinão prasos curtos para a conclusão das partilhas.

« Mas como na pratica á cada passo não só as partilhas são escandalosamente espaçadas, mas no Fôro continuadamente se agitão questões sobre o faculdade do Cabeça, só nos escriptos dos Praxistas achamos os fundamentos para as decidir.

« Quando o Cabeça de casal he menor, como algumas vezes acontece, nelle fica investida a posse dos bens, porém á administração compete ao Tutor debaixo da direcção do Concelho de Familia (Nesta ultima parte só tem applicação em Portugal).»

E mais adiante :

« As nossas leis não fazem menção da apposição dos sellos nos objectos da herança á requerimento de algum herdeiro como succede em França (Cod. Civ. art. 819), excepto o Cod. Com. no art. 1155. »

Os direitos e obrigações do Cabeça de casal estão consignados nesta e na Ord. deste liv t. 96 em differentes §§.

Consulte-se e mesmo Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 474 e 475 e nota U, e Borges Carneiro —*Dir. Civ.* liv. 1 t. 13 § 130, 131 e 132.

(2) *Fica em posse e cabeça de casal.*
Segundo o Direito Romano sómente o marido dispunha de todo o casal porque era o proprietario reconhecido, e por isso nesta Ord., havendo outros principios quanto á sociedade conjugal, dá-se á mulher a posse como um remedio, como se vê das palavras—*fica em posse*, ao revez, em relação ao marido diz —*continúa a posse velha.*

Liz Teixeira no *Dir. Civ.* to. 1 pag. 402 combattendo á Mello Freire sobre esta materia diz :

« Concordando deste modo com o author no § sobre não ser a da mulher uma posse verdadeira, nem em vida nem por morte do marido, não adoptamos a doutrina da sua nota na parte, em que das palavras da Ord. liv. 4 t. 95 § inicial—*o marido por morte da mulher continúa a posse velha*, differentes das que emprega com referencia á mulher,—*fica em posse e cabeça de casal*, infere que ella não tem posse em quanto vive o marido.

« Tal doutrina não só parece contraria a natureza da communhão, que não he um resultado de renuncia, que a mulher faça do seu dominio e posse, mas tambem contraria á Ord. liv. 4 t.4 4 § 1, que já vimos traspassa ou communica o dominio e posse entre os socios, sem que a sociedade dos conjuges nos bens communicados possa ser excluida ou estabelecer excepção em sentença tão geral ; parecendo-nos por consequencia, que a differença dos termos e expressões, que na Ord. se mostrão, contém apenas variante de linguagem, e não de idéa, sem diversidade de effeito , e que , assim como a do marid não he *nova* a posse da mulher, que sobrevive, consistindo o *remedio*, que a lei dá em declarar a viuva por Cabeça de casal em attenção á ser meeira, respeitando-lhe assim a posse por ser ella á que entrega a meação aos herdeiros do defuncto, em vez de receber delles a sua; no que ainda nos confirma a linguagem judicial, ou do Foro, que dá promiscuamente, e sem differença de sexo, a qualidade da herança do casal ao conjuge, que sobrevive , e com os mesmos effeitos. »

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 tit. 13 § 130 n. 2 nota diz :

« Posto que esta expressão—*mulher fica em posse e Cabeça de casal*, seja só propria das viuvas, e dellas somente falla a citada Ord. (tit. 95), pois dos viuvos propriamente se diz que *continuão a posse velha* ; com tudo o Direito he o mesmo para uns e outros, e a differença meramente verbal. *Rep.* to. 3 pag. 451 ibi:—*marido por.* »

(1) *Vivia em casa.*
A *Gazetta dos Tribunaes* n. 26 transcreve um aresto declarando que, não ficando *em casa* a mulher por morte do marido, não podia ser inventariante. Outros opinão ocontrario (Barbosa no *com.* n. 2 e 3).

Phœbo em apoio da primeira opinião apresenta o Aresto 83 da Casa da Supplicação, em que se julgou—«que para uma mulher haver de ficar em posse e cabeça de casal, he *necessario* que ao tempo da morte de seu marido *esteja em casa*, teúda e manteúda, como marido e mulher. »

-Tambem se julgou no mesmo Tribunal no sentido affirmativo, que as mulheres, que casão por dote e arrhas e não ficão em posse e cabeça de casal como os que casão por carta de ametade, podem ser demandadas pelos credores pelo pagamento das respectivas dividas.

Phœbo—*Ar.* 18 e Ag. Barbosa—*Castigat.* n. 300 e 301.

(2) *Teúda e manteúda como marido e mulher.*
Estando separados perpetuamente não póde nem a mulher nem o marido ser cabeça de casal (Cabedo—p. 2 *Aresto* 59, Barbosa—*com.* n. 2, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) á pag. 451).

Vide nota (*a*) á Ord. deste liv. t. 94, e nota (3) á Ord. do mesmo liv. t. 89 § 2.

O matrimonio putativo, diz Borges Carneiro, basta para adquirir esta posse, e consequentemente este direito (*Dir. Civ.* liv. 1 t. 13 § 130 n. 7).

(3) *Esbulhada.*
Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 604, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 475 n. 5 e nota U.

(4) *Consummado por copula.*
Vide Ord. deste liv. t. 46 § 1 nota (2) á pag. 833.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 602.

(5) *Continúa a posse velha.*
Vide nota (1) supra, assim como a nota (3).

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 575 nota U tratando dos direitos do Cabeça de casal, quanto a venda dos bens do mesmo casal, e acções que pode propôr, diz o seguinte :

» O Cabeça de casal poderá demandar, ser demandado sem assistencia ou citação dos coherdeiros ? Os Praxistas não tem feito disto questão, emquanto ao ma-

he que por morte do marido fosse provido a ella de algum remedio ácerca da posse, o qual remedio he, ficar ella em posse e cabeça de casal (1).

M.—liv. 4. t. 7 pr.

1. E todo o sobredito ha lugar nos bens communs, que hão de ser partidos entre a mulher e os herdeiros do marido, ou entre o marido e os herdeiros da mulher, e em outra maneira não; porque, se o marido e a mulher tivessem alguns bens da Corôa do Reino, ou de morgado, ou de emprazamento (1), em que a mulher não fosse nomeada, de maneira que não tivesse direito, ou outros semelhantes, então não ficará a mulher em posse de taes bens, que o marido houvesse e possuisse em sua vida:

Nem isso mesmo (2) o marido, por morte da mulher, dos bens, que pelo mesmo modo a ella pertencessem, salvo se cada hum dos ditos bens fossem comprados pelo marido e mulher (3), ou per cada hum delles, sendo casados, ou nelles fizessem bembemfeitorias (4), em modo que o que vivo ficar haja de haver parte da valia dos ditos bens, ou do preço, que custaram, ou das bemfeitorias; porque então o que vivo ficar, ficará em posse dos bens, até lhe ser dada a parte, que na valia, ou preço, ou bemfeitorias deve haver.

---

rido, porque segundo os principios do Direito Romano a este só, e não a mulher, competia a propriedade e disposição de todo o casal; e á esta circumstancia allude a Ord. liv. 4 t. 95 pr., em quanto a respeito do marido diz—*continúa a posse velha*—, e a respeito da mulher considera a posse como um remedio, que a lei lhe confere. Apenas Cabedo p. 2—*Aresto* 30 figurou uma especie, em que se duvidava deste direito do marido.

« Porem, quando a mulher fica em cabeça de casal, não he facil concilial-os. Valasco—*Cons.*128 n. 4, attesta ser a pratica, poder aquella demandar, e ser demandada pelas dividas e encargos do defuncto: porém no tratado *de Part.* cap. 6 n. 14, diz, que ella não pode accionar, nem ser accionada, sem outros coherdeiros: *imo omnes citandi sunt; et ita servat verior Praxis, licet aliqui renitantur.*

«Phœbo—*Aresto* 1 e Moraes — *de Exec.* liv. 6 cap. 7 n. 54 fizeram distincção entre as causas já principiadas, as quaes exigem a assistencia, ou citação de todos, e causas novas, que julgam poderem ser intentadas, ou *defendidas pelo cabeça sómente.*

« Macedo—*Dec.* 100 entende, que a lei seria contradictoria, se conferisse ao cabeça de casal a disposição dos fructos e administração dos bens, e ao mesmo tempo lhe denegasse o direito de cobrar as dividas, que se poderiam talvez perder, e de usar dos outros meios tendentes ao augmento do casal.

« Guerreiro—*Tract.* 2 liv. 6 cap. 12 ns. 14 e 15, diz que a mulher pode demandar os devedores, e ser demandada, sem necessidade dos outros coherdeiros,

« O mesmo seguio Almeida e Souza— *cit. diss.* 2 § 15 no *Fascic.* to. 3. »

A sua opinião he que sendo o Cabeça de casal não um simples depositario, mas um administrador legal da massa commum deve ter os mesmos poderes que um procurador geral, e portanto podendo usar das acções possessorias, interromper as prescripções, pagar as dividas exigiveis, receber as activas, demandar e executar os devedores: e não pode alienar bens, que para esse fim não forão destinados, nem praticar outros actos, que envolvão alienação, como hypothecas, transacções, partilhas, e outros. Podendo em summa fazer tudo o que fôr em utilidade do mandante, mas não o que fôr em prejuizo.

Vide alem desta nota, Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 3 *diss.* 2 pag. 46, e Ord. deste liv. t. 97 § 14 e 15, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 13 § 131 n. 6.

(1) Este remedio possessorio concedido ao cabeça de casal não he só annuo, dura perpetuamente (Phœbo—p. 2 *Aresto* 12).

O Av. n. 389 — de 6 de Setembro de 1865 declarou que o meeiro Cabeça de casal pode remir as dividas da herança antes da partilha, pois gosa do poder de remissão sem onus de siza, que o Av. n. 15—de 12 de Jaueiro de 1855 estenden á qualquer herdeiro, sendo necessario, na forma do que declarou o Av. n. 488—de 20 de Outubro de 1865.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Phœbo—*Arestos* 18 e 83, Ag. Barbosa— *Castigat.* n. 300 a 304, Silva Pereira— *Rep. das Ords.* nos lugares supra citados, Mello Freire—*Inst.* liv.2 tit.7 § 6 t.8 § 3 e 15, t. 9 § 22 e liv. 3 t. 2 § 8 nota, t. 7 § 11 e t. 12 § 6, e Almeida e Sousa—*Interdictos* pag. 219, *Fascic.* to. 1 pag. 86, e to. 3 pag. 85, *Dir. Emph.* to.1 pag. 111 e to. 2 pag. 337, *Notas á Mello* to. 2 pag. 326 e 403, to. 3 pag. 104, 105 e 378, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 1 art. 621 e to. 2 arts. 326, 330, 980, 1013, 1147 e 1148.

(1) *Emprazamento.*

Vide T. de Freitas—*Consol.* art. 113 nota 2.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to 3 nota (a) á pag. 605 copia a seguinte do Dez. Oliveira:

« As palavras: *ou de emprazamento, em que a mulher não fosse nomeada*, vide o que deduz e resolve aquelle Dez:

« Nota: *ergo* si uxor á marito sit nominata manebit in possessione emphyteusis: *sed* ego *contrarium* aliquando dicebam, scilicet ejusmodi nominationem esse intelligendam, si in ipsa investitura, seu emphyteuticatione uxor sit vocata, similiter atque intelligitur in bonis Coronæ, seu majoratus, si uxorata sit in institutione, et non sufficit ab ultimo possessore. »

E vide Guerreiro—*de Divisione.* liv. 6 cap 12 n. 47.

Se o conjuge viuvo ficar possuindo estes bens por alguns annos conserva a posse; pois, diz Borges Carneiro, § 130 n. 18, opinão que sem ser citado e ouvido não pode já o successor occupa-los por autoridade propria. »

E em nota diz:

« Esta opinião pode fundar-se na precedencia que tem a posse *real* sobre a civil e virtual: e passando um anno não devem permittir-se ao successor os meios possessorios. »

Vide Pegas e Guerreiro no *Rep. das Ords.* to. 5 nota (a) supra citada.

(2) Vide Ord. do liv. 1 t. 10 § 1 nota 3.

(3) *Comprados pelo marido e mulher.*

Por compra entende-se aqui toda acquisição por titulo oneroso, como troca, recebimento em paga, etc.

Neste caso o conjuge viuvo retem os bens, até ser pago da sua parte do preço da compra, ou do valor das bemfeitorias, por que este preço e valor se communicão.

Vide Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 13 § 130 n. 11 e 12, e Pegas—*com* ad Proœmium gl. 43 n. 90.

(4) *Bemfeitorias.*

Se a mulher cabeça de casal, por causa de bemfeitorias retiver os bens incommunicaveis, e fôr expellida da posse, pode intentar o interdicto *undè vi.*

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to 3 nota (a) á pag. 612.

«No caso das bemfeitorias, diz Borges Carneiro § 130 n. 13 usque 15, feitas em bens incommunicaveis, o conjuge viuvo não faz desconto delles com os fructos percebidos em vida; pois tinha o direito de os perceber com o defuncto: deve porem descontar os que percebesse desde a morte do defuncto até a effectiva entrega, pois havia cessado aquelle direito.

« Estas bemfeitorias estimão-se e pagão-se segundo o estado actual ao tempo da restituição, e sem attenção ao que se despendêo. L. *domos* 61 ff. *legat.*: o que não he assim nas bemfeitorias que se pagão ao possuidor de boa fé.

« O successor pode depositar em Juiso ametade das bemfeitorias, estimada interinamente por juramento do viuvo até se fazer a liquidação, e recebe logo o predio: o que he regra geral.

« As bemfeitorias *modicas* não dão direito de reten-

E se taes bens, ou terras, em que a mulher,ou marido deve ficar em posse(1),forem obrigados a mulher per o marido, ou ao marido per a mulher per consentimento e auctoridade do senhorio(2), o que assi ficar vivo, siè em posse de taes bens, e não seja delles tirado, atè a divida ser paga, ou per Direito determinado(3), que não deve ter a tal posse(4).

M.—liv. 4 t. 7 § 2.

ção.Ord. do liv. 4 t. 97 § 22 L. *omnino ff. impens. rei. rot.* e Valasco—*Cons.* 111 § 18. »

Barbosa no *com.* n. 9 observa que as bemfeitorias devem ser avaliadas segundo o seu estado presente, e não conforme as despesas feitas no principio. Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 1 art. 548 pensa de outro modo.

(1) *Deve ficar em posse.*

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 tit. 13 § 130 n. 16 nota pondèra o seguinte:

« Neste versic. ult. ibi: *deve ficar em posse*, parece dever ler-se *não deve*: só com esta emenda fica corrente o texto deste § e do seguinte, que tratão dos bens não communicaveis. »

(2) *Obrigados.... per consentimento e authoridade do senhorio.*

« Estas hypothecas diz T. de Freitas na *Consol.* nota ao art. 155 § 2, verificavão-se; como vê-se em Pegas á *Ord.* to. 10 pag. 116, para segurança do dote e das arrhas. Desta Ord. poder-se-ia inferir que os bens emphyteuticos não podem ser hypothecados *sem consentimento* do senhorio; mas o costume he diverso, as hypothecas se constituem sem esta dependencia.

« A recente lei hypothecaria no art. 2 § 1 confirma este costume. »

Entretanto no art. 94, tratando do dote e dos bens que para esse fim podião ser dados diz o mesmo Jurista o seguinte:

« E igualmente (podem ser dados) os bens emphyteuticos, precedendo *licença do senhorio*, sem que se lhe pague laudemio (Ord. do liv. 4 t. 38 pr. e t. 95 § 1 *in fine*). Os bens que outr'ora chamavão-se *da Corôa* não podião ser *dados* em dote *sem licença Regia* (Ord. do liv. 2 t. 35 § 18).

« A Ord. liv. 4 t 38 pr. (Rebouças—*Obs.* á este art.) não exige licença alguma previa ou precedente do senhorio para doar ou dotar, senão que se lhe faça sciente, para vêr se tem algum embargo, etc. »

« Esta censura não me parece procedente, porque se a Ord. do liv. 4 t. 38 pr. diz—*para ver se tem algum embargo*, está claro que ha necessidade de licença previa, visto como o embargo suppõe doação ainda não consummada. Provavelmente o illustrado censor teve em vista o direito de opção do senhorio, ou de preferencia tanto por tanto, direito que não se pode dar quando a cousa aforada transfere-se a titulo gratuito; mas ainda assim o caso he duvidoso como se pode ver no *Rep. das Ords.* to. 2 pag 566, pois que o dote póde ser constituido por pessoa estranha, e não pelo pai da dotada.

« Citei a Ord. do liv. 4 t. 95 § 1 tendo em vista somente estas suas palavras — *por consentimento e authoridade do senhorio.*

« Esta Ord. não trata propriamente da constituição do dote, mas *fere* a hypothese de ter o marido hypothecado á mulher bens foreiros, o que dá-se por certo para segurança do dote ou arrhas promettidos. Vide os arts. 155 § 2, 614 § 2 e 622 da *Consol.* »

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 606, Pegas—*com.* a Ord. do liv. 2 t. 35 rub. cap. 21 n. 76, Arouca—*All.* 39 n. 34 e seguinte, e Valasco—*de Partit.* cap. 6 n. 27, alem de Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 13 § 130 n. 16.

(3) *Per Direito determinado.*

O Direito aqui entende-se o Patrio.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 notas (*a*) á pag. 605 e 606, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 8 § 13 e 16 e t. 9 § 24, liv. 3 t. 9 § 29, t. 12 § 9, e Almeida e Souza—*Interdictos* pag. 217 e 219, *Dir. Emph.* to. 2 pag 35 e 112, to. 3 pag. 308 e 405, *Morgados* pag. 395, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 367, 403, e 525 e to. 3 pag. 118.

2. E se o que vivo ficar, disser e allegar alguma justa razão, por que taes bens, ou terras, que do defuncto forem, lhe pertencem, ou tem em ellas direito algum, e as pessoas fossem taes, de que se tema virem a pelejas e arruidos(1), mandamos que os ditos bens e terras se ponham em sequestro (2) em mão de pessoa fiel e idonea, que os tenha, até ser determinado per Direito a quem pertencem(3).

M.—liv. 4 t. 7 § 3.

3. E o que dito he, não haverá lugar nos casamentos feitos per cartas de arras(4), salvo em aquelles bens(5), em que per bem e virtude do contracto devem ser meei-

---

(1) *Pelejas e arruidos.*

T. de Freitas tratando dos casos em que o conjuge pode entrar na posse dos bens incommunicaveis, não consolidou o presente § disendo na *Consol.* art. 156 nota.

« Supprimi a disposição do § 2 desta Ord. sobre o sequestro de taes bens, quando, movendo-se duvidas, ha receio de *pelejas* e *arruidos*, por que isto alludo *aos bens da Corôa*, que antigamente possuião em Portugal os *altos Donatarios.* »

A Ord. não faz distincção de bens, refere-se a todos os incommunicaveis do § 1, e por tanto o caso dessas lutas de que trata o Legislador ainda se podem realisar entre nós, e por isso parece-nos, que não se pode diser sem importancia o presente §.

« Vide Gama—*Dec.* 4, Valasco—*Cons.* 111 e ns. 7, 8 e 9, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) á pag. 650, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 tit. 13 § 130 n. 19, 20 e 21.

(2) *Sequestro.*

Não basta a simples allegação de temor, he indispensavel provar-se a existencia do perigo de arruido, por meio de previa inquirição de testemunhas, ou outra informação sufficiente.

Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) a pag. 650 e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 15 § 130 n. 21.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 12 § 7 e liv. 4 t. 3 § 9.

(4) *Per cartas de arrhas.*

Nesta expressão se comprehende todos os casamentos em que não ha meação ou *per carta de ametade*, como mais abaixo se diz.

Vide Ord. deste liv. t. 47 pr. e notas, assim como Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 137 nota 69 e § 167, 168 usque 172 sobre o contracto de arrhas entre nós, e sua differença com o do Direito Romano, e o dote e a doação *propter nuptias.*

(5) *Salvo em taes bens.*

Nesta classe contemplão alguns Jurisconsultos, entre os quaes se distingue Borges Carneiro, ainda os *adquiridos* na constancia do matrimonio entre conjuges casados por carta de dote e arrhas, quando no contracto nada se estipulou acerca desses bens. Eis o que o mesmo Jurisconsulto diz no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 14 § 135 n. 4 e 5:

« Bens *adquiridos* durante o matrimonio se dizem aquelles que se achão no casal, depois de tirado o dinheiro ou bens que trouxe cada um dos conjuges, e as dividas (Pegas—*Forens.* to. 3 cap. 36 n. 14 e Valasco—*Cons.* 103 n. 17 e seguintes).

« Estes bens *não* tendo havido *pacto* ou declaração diversa, se communicão entre os conjuges: e tal he a natureza da sociedade conjugal e o costume do Reino (Valasco—*Cons.* 103 n. 7, 17 e 26, Pereira e Sousa—*Prim. Lin.* nota 772, Gama—Dec. 114 n. 4 e Pegas—*Forens.* to. 3 cap. 36 n. 2 e 14). »

E em nota accrescenta:

« São invenciveis as razões produzidas pelo cit. Valasco, *sc.*: 1º—porque na hypothese em que estamos, de não haver pacto a este respeito, fica o caso no costume do Reino, que he serem os conjuges meeiros (cit. Valasco n. 17 e 26): 2º—porque tal he o Direito *consuetudinario*, e praxe de julgar: 3º—a razão de se bus-

ros o marido e mulher, por que em taes bens(1) ficará em posse (2), assi como se o casamento fosse feito per carta de ametade(3).

M.—liv. 4 t. 7 § 4.

4. E declaramos que, postoque os bens sejam communicados, entre o marido e mulher, tanto que casam simplesmente, ou per carta de metade(4), se ao tempo, que casaram, cada hum delles tinha dividas(5), que devesse

---

car subsidiariamente a lei da nação vizinha, a Hespanha, onde estes bens se communicão (L. 11 tit. 3 liv. 3 *Fori*, L. 1 tit. 4 liv. 5 *Ordinam.* l. 14 seg. 60 *Tauri*, e Valasco—*Cons.* 103 n. 7, 17 e 26): e 4º—pela natureza da sociedade conjugal universal, differente do que era por Direito Romano, onde a mulher passava, *in manum mariti*.

« Comtudo graves Doutores opinão, que estes bens não se communicão, mas que são do marido quando se adquirem por industria de um ou ambos os conjuges, ou por titulo oneroso; e que são do conjuge adquirente quando se hão por titulo lucrativo, como herança, legado, ou doação; por ser esta a disposição do Direito commum (Strikio liv. 3 tit. 2 § 951, Pereira—*Dec.* 53 n. 5, *Rep.* to. 3 pag. 606 vb —*mulher que* to. 1 pag. 374 vb.—*casando por*, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 8 § 10 e nota, Valasco—*Cons* 103 n. 1 e seguintes e Barbosa—*com.* á Ord. do liv. 4 t. 36 § 1 n. 9 e 14). »

Mais adiante no § 137 n. 2 e nota diz:

« Os Auctores que opinão que os bens adquiridos durante o matrimonio *se não communicão*, ensinão coherentemente, que se morre o conjuge adquirente, o outro não fica na posse delles (*Rep.* to. 3 pag. 606 vb. —*mulher que*):—o que he conforme á Lei de 9 de Novembro de 1754 que transfere logo a sua posse ao successor. »

Havendo pacto de não communicar-se os bens, executa-se o estipulado, mas accrescenta Borges Carneiro em nota ao § 135 n. 13:

« Ainda quando ha pacto de se communicarem os bens adquiridos, se questiona se se communicão os que *o forem* por titulo lucrativo, como herança, legado, se isso se não declarou. Vide Doutores no *Rep.* to. 1 pag. 647 vb.—*copula*. »

No § 137 n. 1 diz o mesmo Jurisconsulto, que dissolvido o matrimonio dotal, não fica o conjuge viuvo em posse e cabeça de casal, salvo *pacto expresso* em contrario (Ord. deste liv. t. 46 pr., Phœbo—*Ar.* 18, Valasco—*de Partit.* cap. 6 n. 242, e *Rep.* to. 3 pag. 451 vb.—*marido por*); declarando em nota, que sem razão opina Arouca—*Alleg.* 39 ser *nullo* o pacto que o conjuge viuvo fique em posse e cabeça do casal.

Convem consultar sobre esta materia os § 135, 137 e notas do mesmo *Dir. Civ.*

Contra a doutrina sustentada por Borges Carneiro, além dos Doutores que aponta temos entre os modernos Corrêa Telles—*Manual do Tabel.* § 137 exprimindo-se desta sorte:

« Contrahido o matrimonio por dote e arrhas, *tacitamente* se presume convencionado que *não* haverá communicação de bens. » (Ord. liv. 4 t. 47 pr. e Mello Freire—*Inst.* liv. t. 8 § 10): « mas, diz em nota, havendo dote, e não havendo estipulação de *arrhas*, he preciso declarar que não haverá communicação de bens, *aliàs* presume-se. »

Continuando o § accrescenta:

« Se neste caso os adquiridos pelo marido durante o matrimonio se communicão, ou não, he questão que se deve acautelar nos *pactos* dotaes. Inclino-me a que se *não* devem communicar, porque como *accessorios* devem seguir a natureza do principal (Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 8 § 10 nota). De contrario sentimento forão Valasco e Gama. Vide Guerreiro—*Tract.* 2 liv. 7 cap. 8 n. 8 e seguintes. »

A mesma doutrina segue este Jurisconsulto no *Dig. Port.* to. 2 art. 172, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 257 n. 2 dizendo que a communhão ou *communião* entende-se excluida de todo se se estipulárão arrhas ou apanagios sem declaração, defendendo no scholio desta forma sua doutrina:

« Parece-nos, que os contractos por *dote e arrhas*, ou ainda simplesmente por *apanagios*, como costumão as pessoas de alta nobreza, indicão e tem por fim a exclusão não só dos adquiridos, mas de todos os outros; e assim opina o auctor do *Manual do Tabellião* § 137.

« A razão em que nos fundamos, he deduzi-la de todos os lugares da Ord., e principalmente do liv. 4 t. 47, onde se acha o casamento por *dote e arrhas* em contraposição ao casamento dos meeiros.

« Na Ord. cit. t. 95 § 3 até fica excluida a mulher da posse e cabeça do casal nos casamentos por *cartas de arrhas*, excepto se no contracto se tivessem declarado alguns bens communs; indicio de que a lei *suppõe* neste caso a mulher inteiramente alheia, e sem interesse nos bens do casal. »

O Dez. Oliveira, segundo refere Silva Pereira—no *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*d*) a pag. 374, assegura que muitas vezes (*sæpius*) assim se julgou na Casa da Supplicação.

Não obstante em vista do que diz Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 338 e 339 n. 1, 2 e 3, e Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. pag. 390 a 392, parece-nos que a opinião de Valasco defendida por Borges Carneiro deve prevalecer; tão poderosos e tão juridicos julgamos os fundamentos em que se basêa esta jurisprudencia.

(1) *Taes bens.*

Os bens nestas condições são os chamados *communs*, ou *do casal*, fazendo parte de uma massa, que se denomina—communhão ou communião.

Vide Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 243 e scholio.

(2) *Ficará em posse*, i. e., assim como em cabeça de casal.

(3) *Carta de ametade.*

Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 241, tratando do *regimen do matrimonio* em differentes paizes, diz quanto ao patrio o seguinte na nota M ao § supra:

« Entre nós antigamente acontecia o mesmo, que nas outras nações: em uns lugares a communicação resultava immediatamente do casamento; em outros porém sómente tinha lugar, sendo convencionada.

« Não só isto consta da Ord. Affonsina liv. 4 t. 12, mas he facil concluir da variedade das expressões ainda hoje usadas—*por carta de ametade*, i. e., por titulo ou convenção expressa: e da outra—*segundo o costume do Reino*.

« Porém depois na Ord. Manuelina liv. 4 t. 7 pôz-se termo a esta diversidade, determinando-se a communhão legal, se os esposos nada convencionassem: e assim passou para a Philippina t. 46 do mesmo livro. Cumpre porém estar prevenido, que a nossa *communião legal* he mui differente da dos Francezes. »

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*d*) a pag. 374, e to. 3 nota (*b*) a pag. 606, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 8 § 10 nota, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 418, *Fascic.* to. 1 pag. 43, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 310, 311, 338, 339, 341, 406 e 409.

(4) *Casar simplesmente, ou per carta de ametade.*

Vide nota precedente.

O mesmo acontece nos casamentos por dote e arrhas por maioria de razão, portanto esta disposição não se pode tomar *à contrario sensu* em prejuizo de taes casamentos (Barbosa—*com.* n. 2).

Vide Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 tit. 14 § 136.

(5) *Dividas*, i. e., passivas anteriores ao casamento.

Portanto as dividas *posteriores* ao casamento se communicão.

« Os juros, diz Borges Carneiro *Dir. Civ.* liv. 1 t. 13 § 128 n. 11 e nota, cahidos durante o matrimonio de um capital tomado antes delle, se devem considerar como divida *anterior*: vide comtudo os Doutores no cit. *Rep.* to. 3 pag. 466. »

Esta doutrina he contestada por Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 246 scholio *in fine*, apoiando-se no Cod. Civ. Francez art. 1512, a nosso ver sem fundamento, porquanto os juros como accessorios devem seguir a natureza do principal.

Ha comtudo dividas posteriores dos conjuges que se não communicão, e são: 1º as contrahidas com dispendios em livramentos, ou multas dos crimes (Moraes—*de Execut.* liv. 6 cap. 8 n. 61): 2º as que contrahio o marido em fianças ou contractos, de que somente podia resultar damno, e nunca proveito ao casal (Moraes—cit. n. 58 e Ord. deste liv. t. 60): 3º as contrahidas em jogos, libertinagens e vicios (Valasco—*de Part.* cap. 2

á credores, não será obrigado o outro ás ditas dividas em tempo algum(1), nem se fará execução nos bens, que trouxer, em parte, nem em todo, em quanto o Matrimonio entre elles durar(2): sómente se poderá fazer execução, durando o Matrimonio (1), nos bens, que aquelle, que assi era devedor, trouxe comsigo ao tempo, que casou, e na sua metade dos bens (2), que depois de casados forão adquiridos(3).

M.—liv. 4 t. 7 § 5.

---

n. 16): 4º as dividas annexas a bens incommunicaveis (Cod. Civ. Francez art. 1412).

Coelho da Rocha enumerando estas dividas no § 247 diz no scholio ao mesmo § o seguinte:

« Neste § da Ord. quiz o Legislador acautelar, que um dos conjuges não visse os seus bens consumidos pelos credores do outro, que, enganando-o talvez, não tinha entrado para o casal se não com dividas, ou ao menos com bens de menor valor, do que as dividas. Para este fim não permitte aos credores fazer execução nas entradas do conjuge não devedor, durante a constancia do casamento : mas nisto por uma parte parece ter sido injusta para com os credores, prohibindo-lhes a execução em bens, que em virtude da communião pertencem já ao devedor ; por outra dá ansa á immoralidade e má fé do marido, que neste caso ou paga com os bens da mulher contra esta disposição, ou se conluia com ella para não pagar aos crédores.

« A outra parte da Ord., que permitte aos crédores executar a ametade dos adquiridos do devedor, não tem podido ser entendida pelos Praxistas ; por que os adquiridos não se podem fixar sem a separação das entradas, e partilhas de todo o casal, o que os credores nunca podem requerer. Vide Pereira—*Dec.* 50 e 86., e Moraes—*cit.* liv. 6 cap. 8 n. 52. E ainda que Moraes a quer entender dos fructos manifestamente obtidos no matrimonio antes de confundidos, he facil ver, que se não pode verificar nestes mesmos a circumstancia de adquiridos, sem se attender a toda a massa.

« Mais simples seria então não conceder este favor ao conjuge não devedor, senão no caso de ter feito contestar no acto do casamento as entradas respectivas de cada um, como se pratica pela legislação Franceza ; ou no outro de requerer separação de bens dentro em dois annos, como ordena o *Cod. da Prussia*, e nós deixamos acima indicado no § 240.

« O *Cod. da Hollanda* art. 176, que estabelece, como entre nós, a communião universal, comprehende nella as dividas tanto anteriores, como contrahidas na constancia do matrimonio : e em nenhum se encontra communião de bens com exclusão de dividas, senão por convenção. »

Além de Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 13 § 128 n. 11 e seguintes, consulte-se T. de Freitas na *Consol.* nota 4 ao art. 115, e Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 1 pag. 398 e seguintes.

(1) *Não será obrigado... em tempo algum.*

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 246 scholio nota o seguinte:

« Para as dividas se communicarem, he necessario que sejam contrahidas pelo marido, ou pela mulher por consentimento delle, porque as contrahidas pela mulher sem consentimento do marido são nullas; e por tanto ao cr dor só resta o direito de repetir as sommas, no objectos, emquanto existem na mão do marido ou mulher, ou até onde chegar a utilidade, que delles lhe proveio. *Cod. da Prussia*, p. 2 tit. 1 art. 334. Resta sómente a obrigação natural.

« Almeida e Sousa—*Notas á Mello* liv. 2 tit. 8 § 14 ns. 21 a 34. e—*Exec.* § 156 e seguintes impugna as excepções 1.ª e 3.ª, que ficam expostas no texto, julgando que aos nossos matrimonios segundo o costume do Reino não podem ser applicaveis as leis Romanas, em que se fundou Moraes, e os outros Praxistas : os quaes não só admittem aquellas, mas geralmente todas as outras dividas, contra as quaes a mulher protestou, declarando que de taes contractos não queria perda, nem proveito. *Cit.* Moraes n. 62. Vide o *cit.* Valasco cap. 24. »

Não nos parece fundada a censura supra, porquanto duplos inconvenientes sobrevinhão da doutrina opposta.

(2) *Emquanto o matrimonio entre elles durar.*

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 17 § 128 n. 12 diz o seguinte:

« Findo o matrimonio deve primeiro pagar-se a divida pelos bens do conjuge devedor, *sc.*, pelos que trouxe para o matrimonio, e por metade dos adquiridos; e os que restarem se communicão então aos do outro conjuge para fazerem a somma partivel (Pegas—*Forens.* to. 3 cap. 35 n. 550 e segs., e to. 6 cap. 172 ns. 13 e 14, Pereira—*Dec.* 88 de n. 3, e Cabedo—*Dec.* 131). »

E em nota accrescenta:

« A Ord cit. § 4 trata somente do tempo em que o matrimonio dura; porém como o seu principio he que taes dividas se não communicão, e que *não será obrigado* a ellas o outro conjuge *em tempo algum*, segue-se evidentemente a proposição aqui estabelecida no texto: e exprimem-se inexactamente os Doutores quando dizem que esta divida, findo o matrimonio, deve ser paga pela meação do conjuge devedor; pois o deve ser pelos seus bens; de sorte que se estes não chegarem a perde o credor, e não pode ter recurso aos do outro conjuge. »

Vide tambem T. de Freitas—*Consol.* art. 116 nota.

(1) *Durando o matrimonio.*

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) a pag. 446 transcreve a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa:

« *Vidi judicatum*, quod ob debita contracta ante matrimonium, si in vita conjugis debitoris fuerunt bona pignorata virtute sententiæ, non potest conjux in præjudicium creditoris, *mortuo conjuge*, petere separationem in bonis pignoratis; quia tunc, temporis *durante matrimonio* potest executio indistincte fieri pro omnibus debitis. »

E de novo accrescenta o mesmo Dez. :

« As dividas contrahidas, *constante o matrimonio*, pela morte de um dos conjuges se devem dividir, mas o credor pode demandar *in solidum* ao devedor, que contrahio a divida (Arouca — *All.* 51), e o mesmo se julgou no herdeiro do conjuge morto : *Juizes* Lopes e Oliveira, Resende, Baracho, anno 1687, na causa de Maria Corrêa, com Valentim de Carvalho — *Escrivão* Avellar. »

(2) *E na sua ametade dos bens.*

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) á pag. 447 transcreve, sobre estas palavras, a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa :

« *Expresse* permittit executionem in bonis *noviter* quæsitis, constante matrimonio, et ita judicavimus contra alios.

« *Quid* nos redditos vencidos constante o matrimonio, sendo o principal tomado á juro ante matrimonium ? *Dubium est.* Vide Portugal — *de Donat.* liv. 3 cap. 26, de n. 59 em diante, Pegas — *com.* á Ord. do liv. 1 t. 87 § 4 á pag. 85 e 86, e Guerreiro—*de Ration.* liv. 5 cap. 10 n. 48. »

Consulte-se tambem a nota (5) á este §.

(3) *Forão adquiridos.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 116 nota, observa o seguinte:

« Como será possivel conhecer o que ha de adquiridos sem partilha de todo o casal ? Os credores não podem requerer essa partilha, e tal disposição por tanto torna-se *impraticavel*. A praxe do Fôro assim o confirma.

« Este art. faz uma excepção as regras de Direito que dominão a sociedade universal dos bens presentes e futuros— *universorum bonorum*. Em tal especie de sociedade, por isso mesmo que comprehende todos os bens presentes e futuros dos socios, fica obrigada por todas as dividas existentes ao tempo das entradas sociaes (Pothier—*Contracto de sociedade* n. 37). Nosso art. determina o contrario, e quer que as dividas *anteriores* ao casamento não fiquem á cargo da sociedade conjugal. »

E mais adiante continúa desta sorte :

« *Pelos bens que trouxer para o casal o conjuge devedor*—: como a citada Ord. (t. 95 § 4) relativamente ás dividas anteriores ao casamento, reduz a sociedade universal dos conjuges *universorum bonorum* á uma sociedade universal de ganhos ou acquestos *universorum quæ ex quæstu veniunt*, visto que obriga ao pagamento de taes dividas metade dos adquiridos; deve-se

5. E se algum homem accuzasse alguma mulher por adulterio, dizendo ser casado com ella, ou a demandasse por sua mulher em qualquer outro caso, e ella o negase, e por o assi negar, fosse livre, ou absoluta (1) da tal accusação, ou demanda, não poderà ella (2) depois da morte do que a accusou, ou demandou por mulher, pedir parte na sua fazenda como mulher, postoque queira provar, que o era ao tempo, que elle a accusou, ou demandou (3).

M.—liv. 4 t. 7 § 6.

TITULO XCVI.

Como se hão de fazer as partilhas entre os herdeiros (4).

Quando algum homem casado (1), ou sua mulher se finar, deve o que ficar vivo (2), dar partilha (3) aos filhos do morto, se os tiver, quer sejam filhos d'antre ambos, quer da parte do que se finou, se forem legitimos, ou taes, que per nossas Ordenações, ou Direito devam herdar (4) seus bens.

E não havendo hi filhos (5), dará partição aos netos (6), ou outros descendentes do de-

---

entender por bens addusidos para o casal pelo conjuge *devedor*, não só os que elle trouxe ao tempo da celebração do casamento, senão tambem os que posteriormente adquirio por doação, herança, ou legado, ainda que sem clausula prohibitiva de communicação. Estes ultimos bens não entrão na classe dos *adquiridos*. »

Na mesma nota em seguimento diz :

« Entrão nesta classe (*de adquiridos*) : 1º —os fructos, rendimentos e accessões de bens addusidos para o casal pelos conjuges (e portanto as crias ou filhos de escravos) : 2º—os adquiridos por seu emprego, trabalho ou industria : 3º— os adquiridos por compra, ou outro titulo oneroso, ainda que só em nome dos conjuges: 4º—os adquiridos por factos fortuitos, como loterias, jogo, apostas.

Por outra, entrão nesta classe todos os bens que se achão no casal, depois de tirados os addusidos por cada um dos conjuges (Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 14 § 135 n. 4) por occasião do casamento, ou depois delle por herança, doação, ou legado como a acima explicou-se. »

Convem consultar toda esta nota que he importante, assim como as *Obs.*— de Rebouças ao art. 116 da *Consol.*, e Borges Carneiro em todo o § 135 e notas.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Pereira de Castro—Dec. 50, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) a pag. 152, e to. 3 nota (*b*) á pag. 446, Phœbo—*Dec.* 115 n. 6, 34 e 37, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 8 § 14, e Almeida e Sousa—*Execuç.* pag. 142, 150, 160 e 261, *Dir. Emphy.* to. 2 pag. 122, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 369, 384, 392, 396 e 399, Liz Teixeira— *Dir. Civ.* to. 1 pag. 398 usque 401, Corrêa Telles — *Dig. Port.* to. 2 de n. 222 a 247, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 14 § 136, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 141, 142 e 143.

(1) *Absoluta*, i. e., absolvida, desobrigada, livre de pena ou obrigação.

(2) *Não poderá......... pedir*, etc.

He uma penalidade, que podendo importar em grande prejuizo á propriedade, e direitos de uma pessoa, embora penalidade civil, parece hoje em desaccordo com a letra e espirito da nossa actual legislação (art. 310 do Cod. Crim.), e por isso na pratica esta Ord deverá por certo encontrar embaraços em sua execução.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Guerreiro—*de Division.* liv. 6 cap. 12 n. 44, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) a pag. 626.

(4) « A Legislação sobre partilhas, diz Coelho da Rocha *Dir. Civ.* § 486 scholio, acha-se na Ord. do liv. 4 t. 96, *Manoelina* t. 77 e *Affonsina* t. 107, extrahida na maior parte do tit. do Digesto *famil. erciscund* , e dos outros parallelos.

« Por ser materia mui frequente no Fôro, em quasi todos os Praxistas se achão estas doutrinas; mas a obra que principalmente deve ser consultada, he a *Praxis partitionum et collationum* de Valasco.

« Seguem-se depois Guerreiro no seu Tractado—*de Divisionibus*, Paiva e Pona na *Orphanologia Pratica*; e dos modernos, Lobão nas *Notas a Mello* liv. 4 t. 12, e Pereira e Sousa—*Proc. Civ.* nota 1021. »

Continuando diz:

« O Codigo Civil Francez art. 815 não permitte aos co-herdeiros a convenção de terem a herança *pro indiviso* por mais de cinco annos, ainda que a podem renovar. O Testador tambem lhe não pode prohibir as partilhas por mais tempo; e por nenhum, se forem herdeiros necessarios. O Codigo da Prussia permitte ao Testador prohibir a partilha apenas de alguns bens, mas não de toda a herança. »

Estas doutrinas estão de accordo com o que diz Barbosa no *com.* n. 9.

(1) *Homem casado.*

Entende-se tanto do casamento legitimo, como do putativo. E alguns Jurisconsultos como Guerreiro—*de Division.* liv. 1 cap. 2 n. 25 comprehendem tambem o casamento clandestino, se os nubentes podião casar, e o casamento foi depois approvado no Juizo Ecclesiastico.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*c*) a pag. 891.

(2) *O que ficar vivo*, i. e., o cabeça de casal. Vide Ord. deste liv. t. 95 pr.

(3) Das *partilhas*.

« *Partilha* ou *partilhas* são, segundo Loureiro, § 462, a divisão dos bens da herança entre os differentes herdeiros chamados a ella pela Lei, ou por testamento. »

(4) *Legitimos ou taes, que por nossas Ordenações ou direito devão herdar.*

Confronte-se esta Ord. e suas palavras com as do liv. 2 t. 35 § 12, e deste liv. t. 92 pr. e t. 93.

O Legislador, conformando-se com o Direito Romano, quer que só herdem os filhos legitimos, ou os naturaes nas condições do Direito Patrio de accordo com aquelle Direito; por conseguinte os naturaes insuccessiveis, e os espurios só por testamento poderião ser admittidos á partilha.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*c*) a pag. 890.

T. de Freitas na *Consol.* art. 960 § 1 nota diz o seguinte, referindo-se a esta Ord. quanto aos filhos *legitimos*, e os *illegitimos* insuccessiveis:

« Vide o art. 6 do Reg. de 15 de Junho de 1859, que fez extensiva a disposição do art. 5 sobre os filhos illegitimos ao caso em que se duvidar da legitimidade do casamento pelo que respeita aos filhos legitimos.

« Os filhos legitimos succedem com direito igual a seu pai, ainda que este os tivesse de diversas mãis; e á sua mãi, ainda que esta os tivesse de diversos pais—cit. Ord. liv. 4 t. 96 pr., quándo diz—*quer sejão filhos dentre ambos, quer da parte do que se finou, se forem legitimos.*

« Procede o mesmo quanto aos filhos illegitimos successiveis, por outra, quanto aos filhos naturaes reconhecidos nos termos do art. 212 (L. n. 463—de 1847), —cit. Ord. quando ás palavras que ficão transcriptas accrescenta:—*ou taes que por nossas Ords. ou Direito devão herdar seus bens.* »

(5) *E não havendo hi filhos*, i. e., que estejão *presentes* no logar.

Vide nota infra ao § 1, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 897.

(6) *Netos.*

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 699 diz, que ou os netos concorrão com tios, ou sós, sempre herdão *per stirpes* e não *per capita*, pelo direito de representação.

« A nossa praxe, diz T. de Freitas n9 *Consol.* no art. 960 nota 2 referindo-se a esta Ord. e á deste liv. t. 82 § 4, he invariavel, deferindo aos filhos a successão

functo (1), ou aos ascendentes, se descendentes não tiver, quando os ascendentes estiverem em igual grão (1). E estando os ascendentes em desigual grão, herdará o ascendente mais chegado em grão; assi como, se se finasse huma pessoa sem descendentes, e tivesse sua mãi viva, e seu avô, ou avôa (2), pai, ou mãi de seu pai; em tal caso succederá a mãi, e não o avô, ou avôa por parte de seu pai, e assi em semelhantes casos. E não havendo herdeiros descendentes, ou ascendentes per linha direita (3), dará o que vivo ficar (4), partição a quem o morto mandar em seu testamento.

E fallecendo sem testamento, a dará aos parentes mais chegados do defuncto (5), segundo disposição do Direito (6), e partirá

---

per capita, e aos netos e mais descendentes a successão *per stirpes* ou concorrão sós, ou com tios vivos; mas a legislação patria *he omissa* neste ponto, vendo-se unicamente na Ord. do liv. 4 t. 91 § 2 a hypothese da concurrencia do neto na successão do tio morto com o tio vivo, e dando-se assim idéa do *direito de representação*; mas negando-se este direito, quando só concorrem netos.

« O que fica dito na nota do art. antecedente sobre a igualdade do direito de successão dos filhos sem distincção de leitos, procede á respeito dos netos ou outros descendentes.

« Na successão dos descendentes tambem não ha distincção de grãos, porque succedem em qualquer grão que se achem, concorrendo em virtude do *direito de representação*, e *in infinitum* os de grão mais remoto com os de grão mais proximo — cit. Ord. liv. 4 t. 96 pr. quando diz simplesmente — *e não havendo filhos, dará partição aos netos, ou outros descendentes do defuncto*, Nov. 118 cap. 1 nas palavras — *cujuslibet gradus,—in hoc enim ordine gradum quæri nolumus.*

« Que os netos e mais descendentes succedem *per stirpes* Nov. cit. cap. 1, quando diz—*tantam de hæreditate morientes accipientes partem, quanticumque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset.* Veja-se igualmente *Institutas—de hæredit. quæ ab intestato* § 6 e 16. »

(1) *Outros descendentes do defuncto.*

Estes como os netos são chamados á herança por direito de representação, direito que muitas vezes se dà na successão dos descendentes.

« Este direito, segundo Coelho da Rocha § 336, he uma ficção da Lei, pela qual os filhos, ou descendentes de uma pessoa predefuncta tomão o lugar, ou grão dessa pessoa; e por conseguinte obtem os mesmos direitos, de que ella gosaria se vivesse ao tempo da morte daquelle, á quem succede (Cod. Civ. Francez art. 739). »

Este direito só tem lugar no caso de morte natural ou civil da pessoa anterior; e portanto se ella renunciar à successão, não compete ao filho, ou descendente o referido direito, assim como se a pessoa predefuncta não succeder por indigna ou desherdada. Mas em qualquer destes casos o filho pode succeder por direito proprio (Cod. Civ. Fr. arts. 730 e 787).

A representação não depende da qualidade de herdeiro; e por isso bem podem renunciar a herança de seu pai, ou mãi, e succeder depois ao avô, sem por isso ficarem obrigados ás dividas daquelles (Guerreiro —*Tract.* 2 liv. 4 cap. 6 n. 21 e seguintes).

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 336 scholio, diz o seguinte sobre o direito de *representação*, e suas differenças do de *transmissão* :

« Cumpre notar a differença entre—vir a uma successão *por direito de transmissão*—ou *por direito de representação*. O effeito de um e outro he ter em uma successão a parte, que tocaria a uma pessoa predefuncta: mas a differença consiste em que tem logar a *representação*, quando essa pessoa morreu antes da abertura da successão; e a *transmissão*, quando ella morreu depois. Ainda que esta não sobrevivesse, senão um instante, á pessoa, de cuja successão se trata, ainda que ignorasse a morte della, presume-se ter colhido a successão, e tê-la por tanto transmittido a seus herdeiros.

« Daqui resultão as differenças seguintes.

« 1. Pode-se representar uma pessoa, tendo renunciado á sua successão, porque a representação parte da lei, e não da qualidade de herdeiro; mas não se pode succeder por *transmissão*, senão sendo herdeiro, porque he necessario que a successão fosse colhida por aquelle, que a transmitte, e faça parte da sua successão pessoal.

« 2. A representação só tem logar na linha recta descendente, e na collateral a respeito dos filhos de irmãos; pelo contrario a trasmissão tem logar em qualquer linha, ou grão, em que se achem os herdeiros.

« 3. A representação só aproveita aos descendentes do individuo representado; a transmissão a todos e quaesquer herdeiros, legatarios, donatarios, e até credores daquelle que transmitte.

« Estas differenças tem resultados mui importantes, principalmente no caso das heranças oneradas com dividas, e no caso da pessoa representada, ou que transmitte, ter feito testamento para regular a successão. »

(1) *Em igual grão.*

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) á pag. 893.

(2) *Avôa*, i. e., avó.

(3) *E não havendo herdeiros descendentes ou ascendentes per linha direita.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 1142, referindo-se á esta Ord. e ao Dec. n. 422—de 27 de Junho de 1845 art. 1 § 2 diz :

« *Salvo o direito dos herdeiros necessarios.* Tomei a liberdade de ampliar um pouco as palavras da cit. Ord. liv. 4 t. 96 pr.—*e não havendo herdeiros descendentes, ou ascendentes*, porque as legitimas destes são fraudadas, não só pelo modo já indicado no art. 1010, como quando são oneradas com condições, encargos ou legados. L. 32 e 33 pr., e 36 Cod. *de inoff. testam.* e Lobão—*Obrig. recip.* § 336 ; quando o ascendente determina que alguma das legitimas seja preenchida com estes bens em prejuizo das outras (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 n. 1656), ou quando o Testador toma em sua terça certos bens em detrimento das legitimas (Lobão—*Acc. Sum.* supp. *Diss.* 5, *Obrig. recip.* § 402 e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 n. 1685). »

(4) *Dará o que vivo ficar partição*, i. e., partilha.

O que vivo ficar he o cabeça do casal, e sendo a mulher, deve na conformidade da Ord. deste liv. t. 95 pr., residir em casa *teúda e manteúda*, pois se a viuva residir fóra e separada não pode ser cabeça de casal e inventariante.

Se pelo contrario fór outro o possuidor dos bens, será este o cabeça do casal e inventariante. Se excede de um o numero dos que se achão de posse dos bens communs, o Juiz deverá designar para esse fim o mais idoneo (Pereira e Sousa—*Prim. Lin.* nota 1021).

O juramento dos inventariantes he pessoal e não pode ser prestado por procurador (P. Malheiro—*Man. do Proc. dos Feitos* n. 594 e Reg. n. 422—de 1845 art. 1 § 3). Consulte-se tambem a Ord. do liv. 1 t. 88 § 4 e nota (3).

(5) *Aos parentes mais chegados do defuncto.*

Neste numero se não contempla os *affins*, por isso que, segundo a L. 7 Cod. *comm. de succes.*, não são chamados á successão.

Vide Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 18 § 161.

A successão destes parentes he ao inverso da dos descendentes, não *in stirpes*, mas *in capita* (Pereira de Carvalho—*Proc. Orphan.* notas 75 e 76, Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 2 pag. 486 e 520, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 343 scholio).

Pereira de Carvalho, Almeida e Sousa—*Morgados* na diss. supplem , e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 349 nota 135 e § 438 sustentão como mais racional e conveniente a successão *per capita*, tanto no caso do presente versiculo, como quando concorrerem sobrinhos sós.

Consulte-se tambem Gouvêa Pinto — *Testam.* nota 216, e T. de Freitas—*Consol.* art. 368 e nota, assim como a nota (6) a este § a pag. 954.

(6) *Segundo disposição do Direito*

Refere-se ao Direito Romano, por onde se contão os grãos de parentesco, em virtude do que dispõe a Ord. deste liv. tit. 94.

Vide Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 18 § 161.

Coelho da Rocha no *Dir Civ.* § 335 scholio diz o seguinte:

« Os principios sobre a successão legitima por Di-

com os herdeiros do defuncto todos os bens e cousas(1), que ambos haviam, assi moveis, como raiz(2).

M.—liv. 4 t. 77 § pr.

1. E tendo o pai, ou mãi, ou qualquer pessoa algum herdamento(3), de que deva dar partilha a outrem, se a pessoa, a que deve ser dada partilha, o fizer citar perante os Juizes, e requerer que vá partir com elle, e elle o recusar fazer, por ser algum dos irmãos, ou herdeiros fóra da terra, de maneira que o não poderiam achar tão asinha(4), devem os Juizes ir, ou mandar ao dito herdamento, ou lugar, e devem dar ao que pede a partilha(5), outra tamanha parte naquelle lugar, quanta per Direito lhe pertencer, e elle a lavre e aproveite, como quizer.

E não será obrigado tornar á partilha os fructos, que della houver, quando o absente vier, e requerer partilha, mas sómente tornará á partilha a parte do herdamento, que lhe foi entregue, sem outros fructos. E tendo elle feito grandes bemfeitorias, deve o que quer com elle vir á partilha, fazer outra tal bemfeitoria em outro herdamento, ou campo de herança(6), se o hi houver, e então devem partir; e não o havendo, pagará sua parte da despeza, que em aquella cousa foi feita, e então partirão. E esta mesma maneira se terá, quando algum dos irmãos estiver em captiveiro(1).

M.—liv. 4 t. 77 § 14.

2. Porém, se algum dos irmãos ou herdeiros não fôr na terra, e os outros pedirem partilha dos bens, que lhes pertencem herdar por fallecimento do defuncto, se o absente estiver em lugar certo e sabido(2), onde bem possa ser citado(3) para vir, ou mandar estar

---

reito Romano antigo, e por tanto pela jurisprudencia do Digesto, erão mui differentes dos posteriores, e mui embaraçados; cuja exposição por isso aqui omittimos. Porém Justiniano na *Nov.* 118 estabeleceu as trez ordens de successão dos descendentes, dos ascendentes, e dos collateraes, as quaes tem sido adoptádas como base desta doutrina por todas as Legislações posteriores com mais ou menos modificações.

« Entre nós não ha lei antiga, nem moderna, que desenvolva este artigo com a importancia, que elle requer; e os costumes, attestados pela tradição dos Praxistas, onde vamos beber estas doutrinas, assemelhão-se mais ás disposições do *Cod. Wisigothico* liv. 4 *tit* 8, do que ás do Direito Romano, ainda que mui alteradas. Os Codigos modernos todos combinão em chamar em primeiro lugar os descendentes; porém em quanto aos ascendentes e collateraes, contém muitas variações, que não he possivel expôr aqui. »

(1) *Partirá... todos os bens e cousas.*

O que se deve fazer com toda a igualdade.

Por *bens* entende-se os moveis, semoventes, e de raiz, e *cousas* as acções, os direitos, etc.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 896.

(2) *Como raiz*, i. e., como bens de raiz.

Vide sobre esta Ord. Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep das Ords.* to 3 nota (*a*) a pag. 699, nota (*c*) a pag. 890, notas (*a*) e (*b*) a pag. 893, notas (*a*) a pag. 895, 896 e 897, Mello Freire—*Inst* liv. 2 t. 6 § 26, t. 9 § 22, e liv. 3 t. 8 § 3 e 4, e t. 12 § 2, Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 34, to. 2 pag. 153, e *Notas á Mello* to. 1 pag. 433, 454, 456 e 473 e *Fascic.* to. 2 pag. 10.

(3) *Herdamento*, i. e., herdade, predio, possessão ou campo de terras, vinhas, arvores, etc.

Mas neste lugar entende-se qualquer possessão havida por herança, tanto de bens moveis, como de raiz, propriedade da avoenga, ou de avós.

(4) *Tão asinha*, i. e., mui depressa, sem demora, em breve tempo, facilmente.

(5) Vide Ord deste liv. t. 97 § 22. Esta partilha fazia-se provisoriamente, dando-se ao ausente um Curador. Mas T. de Freitas na *Consol.* art. 1157 diz, que esta disposição por *antiquada* não se observa mais.

(6) *Herdamento ou campo de herança.*

São synonimos ou equivalentes.

Vide nota (3) supra a este §.

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) e (*b*) a pag. 897 e 898, Mello Freire—*Inst* liv. 2 t. 9 § 24, e Almeida e Sousa—*Obrig.* pag. 465.

(2) *Em lugar certo e sabido.*

Para differençar do que reside em lugar incerto e ignorado de que trata o § 1 desta Ord.

Ag. Barbosa nas *Castigationes* aos *com.* de seu pai M. Barbosa n. 309 diz, que na Supplicação julgou-se (anno de 1613) que para se fazerem partilhas se hão de citar todos os herdeiros, ainda que algum delles esteja em parte remota.

(3) *Onde bem possa ser citado.*

Destas palavras deduz Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 12 § 4, que os absentes em lugar incerto podem deixar de ser citados, ainda mesmo por edictos; doutrina já defendida por Valasco—*de Part.* cap. 7, e foi seguida por Corrêa Telles—*Dig. Port* to. 2 art. 1015, e por Carvalho—*Proc. Orphan.* nota 79.

As razões de Valasco forão assim compendiadas por Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 3 pag. 218.

« 1. A nossa Ord. manda que se não faça a partilha, estando o ausente em parte certa, — *onde bem possa ser citado* : logo *à contrario sensu* prescinde da citação, se o lugar he incerto.

« 2. A partilha exige celeridade, não só porque os co-herdeiros interessão em saber qual a porção que lhes cabe, mas em a administrarem quanto antes, como mais conveniente entenderem.

« 3. Na partilha feita sem a citação do ausente em parte incerta, este não he prejudicado, pois lhe fica salvo o seu direito. »

Mas estas rasões são victoriosamente combatidas por Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 473 e 474, por Pereira e Sousa—*Prim. Lin.* nota 1021, por Liz Teixeira no lugar supracitado, e por Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 476, fundando-se na generalidade da Ord. do liv. 3 t. 1 § 8, que prescreve a citação por edictos, e nenhuma lei authorisa a excepção lembrada por Mello, maxime quando esta Ord. apenas refere-se á citação ordinaria ou em pessoa.

Eis o que pondera Almeida e Sousa :

« Quanto aos absentes *em parte incerta*: tambem aqui varião (os Doutores) sobre a necessidade da citação edictal; uns a dispensão, e outros a fazem precisa (Valasco — *de Partit.* cap. 7 de n. 13 e Poua — *Orphan* cap 2 n. 3).

Eu não vejo dispensada na Ord. do liv. 4 t. 96 § 2, e a do liv. 3 t. 1 § 9 : Valasco até não exigio, que no inventario se nomeie Curador ao co-herdeiro absente; mas eu julgo que, se se dispensar a citação edictal, se lhe deve nomear Curador, que promova juramentado os seus interesses (Guerreiro — *Tract.* 2 liv. 2 cap. 9 n. 19, 20 e 21), bem como aos menores no caso da Ord. do liv. 3 t. 41 § 8 e 9.

« Uma cousa he ficar-lhe *salvo* o direito não sendo citado, ainda por Edictos, e não se lhe nomeando Curador ; outra cousa citar-se assim, sem se lhe nomear Curador : no primeiro caso tudo he nullo relativamente á elle ; mas no segundo só lhe fica competindo o beneficio de restituição, provando-se *leso* (prova mais difficil) nas partilhas : e não he esta uma differença substancial ? »

E em outro lugar :

« Pelo que os inconvenientes de se retardarem as partilhas, que ponderou Valasco, e que sem reflexão seguio Mello, são realmente chimericos, e não são for-

á partilha, o que tem e está em posse dos bens, não lhes dará partilha delles, até vir o absente, ou ser citado, ou requerido para estar com elles per si, ou per seu Procurador á partilha: porém dar-lhes-ha sua parte dos renovos (1), que em esse meio tempo se houverem dos ditos bens, e terá em guarda o quinhão do absente, e dar-lho-ha, quando vier; e pagará cada hum primeiro seu quinhão das despezas, que forem feitas na cultura dos herdamentos, e adubios dos ditos bens (2).

M.-liv. 4 t. 77 § 15.

3. E demandando algum a outro partilha de herdamento, de que per Direito deva haver parte, se o demandado lha não quizer dar, ou querendo elle dar partilha a outro, a que a deva dar, elle a não quizer receber, sendo para isso chamado a Juizo, onde quer que stê, e sendo sperado o tempo, que lhe fôr assinado, não querendo elle vir, nem enviar por si outrem, que stê a partilha, entregarão ao que quer partir, seu quinhão do herdamento, ou bens em lugar de penhora. E não será obrigado trazer á partição ao outro, que não quiz partir, os fructos e rendas (3), que dos ditos bens houver em esse meio tempo, até que venha partir (1).

M.-liv. 4 t. 77 § 16.

4. E se algum stiver em posse de herdamentos, de que deva dar partilha, e os outros, que nelles tem quinhão, lhe demandarem seu quinhão do pão e dos fructos, que colheo desses herdamentos, que lavra e possue, deve-lhes dar outro tanto quinhão dos fructos (2), quanto cada hum deve haver nos herdamentos, e elles lhes devem dar cada hum seu quinhão da semente, que ahi metteo, e das outras despezas, que ahi tiver feitas (3).

M.-liv. 4 t. 77 § 17.

5. Tendo os herdeiros, ou companheiros alguma cousa (4), que não possão entre si partir sem dano, assi como scravo, besta, moinho, lagar (5), ou outra cousa semelhante (6), não a devem partir, mas devem-na vender a cada hum delles (7), ou a

---

ços, para que se dispense a citação dos absentes em parte certa, ainda que remota (Gama—*Dec.* 15 nas *add.* e Guerreiro—*Tract.* 2 liv. 2 cap. 12 de n. 62 em diante).»

(1) *Renovos*, i. e., as novidades da terra, os fructos, comestiveis e gados, e o mais que produsem as fazendas, granjas, rebanhos e cilhas de colmeias: tambem se chama os fructos do dinheiro, ou renda pecuniaria.

Esta ultima significação tambem he do *Elucidario* de Viterbo, como attesta Moraes no *Dicc.*, e o demonstra o que diz o mesmo Viterbo nas seguintes palavras:

« *Renovos*. Não só chamarão *renovos*, ou *novos* aos fructos em propria especie: tambem se deu este nome á pensão annual de um prazo, ainda que fosse estipulada *a dinheiro*.

« No de 1344 Martim Gil, *Cavalieiro de Resende*, por outorgamento de sua mulher Constança Airas, emprazou á Domingos Viegas a parte, que tinha na quinta de *Ruiraes*, que he no Julgado de Ferreiros, com fôro annual. Renovo *colheito* por dia de S. Maria de Agosto (Assumpção), *dez livras*. Doc. de Salzedas.»

Vide mais adiante § 4, 7 e 10, e Almeida e Sousa—*Obrig.* § 748 pag. 465.

(2) *E adubios dos ditos bens*, i. e., tudo quanto se faz necessario para conservação dos bens, no amanho, trabalho, e cultura dos mesmos.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (c) á pag. 643, e to. 3 nota (c) á pag. 898, e nota (a) a pag. 899, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 12 § 4, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 474, e *Obrig.* pag. 465, Corrêa Telles—*Doutr. das Acç.* § 146 e notas, e Carvalho—*Proc. Orphan.* notas 78, 79 e 80.

(3) *Fructos e rendas.*

Almeida e Sousa nas *Notas á Mello* to. 3 pag. 514 n. 45 *in fine* diz o seguinte:

« Porem que as usuras se devem desde a morte do Pai, he mui certo, como recompensativas dos rendimentos da legitima, que o filho vence desde o mesmo tempo; rendimentos que a nossa Ord. do liv. 4 t. 96 § 3 e 10 lhe manda satisfaser; e o mais he, que *ainda quando percebidos com boa fé* (Pegas — *com.* á Ord. to. 7 pag. 67, col. 2 vers.—*Ardua*, e pag. 212 n. 68).»

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (a) á pag. 644, Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 353 e 439, *Notas a Mello* to. 3 pag. 514 e *Obrig.* pag. 312 e 346.

(2) *Fructos.*

Vide Ord. deste tit. § 3.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 notas (a) e (b) a pag. 899 e nota (a) a pag. 900, Almeida e Sousa—*Proc. Execut.* pag. 223, *Casas* pag. 232, e *Obrig.* pag. 346 e 465.

(4) *Ou companheiros alguma cousa.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 1166 nota observa o seguinte:

« Está em pratica lançar-se a cousa que não se pode partir a um herdeiro que torne aos outros o excesso. Tambem cabe esta disposição na partilha entre socios, pois que a Ord. diz—*ou companheiros* (Vide notas aos arts. 551 e 955).

« Como as providencias desta Ord. dependem do consentimento de todos os compartes, consentimento que he raro; os Praxistas têm com razão admittido a *licitação* na praça, ou seja para a venda da cousa commum, ou seja para o arrendamento della. Lobão adopta este expediente na *Diss.* 7 § 25 e 26 do supplemento das *Acç. Sum* »

(5) *Lagar*, i. e., engenho e officinas com aparelho de espremer azeitona, para se extrahir o azeite: e tambem para espremer uvas, para se extrahir o mosto, e preparar-se o vinho.

Diz-se *lagar* de azeite ou de vinho.

(6) *Outra cousa semelhante.*

O Supremo Tribunal de Justiça por um Aresto, de 10 de Setembro de 1832, mandou observar esta Ord., quanto a uma Fazenda de assucar (*Diario do Rio* de 6 de Abril de 1833).

(7) *Vender a cada hum delles.*

Vide nota (1) supra a este §.

He esta a Ord. que trata das Licitações.

« *Licitação*, diz Pereira de Carvalho—*Proc. Orphan.* § 92, he o acto, pelo qual se põe a lanço os bens da herança, que não admittem commoda divisão, para se adjudicarem áquelle dos co-herdeiros, que mais offerecer.»

Com esta definição em outros termos concordão Gouvêa Pinto na *Memoria* sobre o direito e pratica das licitações, art. 1, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 484, e Loureiro—*Dir. Civ. Bras.* § 472, por outros termos.

Coelho da Rocha na obra supra citada § 485 scholio nota o seguinte sobre este remedio usado nas partilhas:

« Por Direito Romano L. 1 e 3 Cod. *comm. divid.* a licitação era unicamente permitida nas cousas, que se não podião dividir, nem accommodar facilmente em partilha.

outro algum(1), qual mais quizerem, ou per seu aprazimento(2) trocarão com outras cousas, se as hi houver. E se se não poderem per esta maneira avir (3), arrendal-a-hão, e partirão a renda entre si (4).

M.—liv. 4. t. 77 § 18.

« Entre nós, nem nas Ordenações, nem nas leis posteriores se faz menção da licitação. Porém tendo Valasco—*de Part.* cap. 11 n. 8 estabelecido, que a licitação devia ser admittida em todos os casos, quer os bens se podessem partir, quer não, pelo principio do augmento do acervo partivel, foi esta opinião geralmente seguida pelos Praxistas. Pegas—*Forens.* to. 6 cap. 143, Guerreiro—*Trat.* 1 liv. 2 cap. 3 n 19, Pereira e Sousa—*Prim. Linh. Civ.* nota 1021. São faceis de conhecer os abusos, que devião resultar desta pratica, que punha nas mãos do co-herdeiro mais rico os bens da herança, sujeitando os outros a uma venda forçada, ou a ficar com os mais fracos, que elle não quizesse.

« Por isso já nas Relações se costumava nos ultimos tempos não admittir o licitante, senão até á importancia de sua legitima. Lobão—*Suppl. ás Acç. Sum. Diss.* 7.»

Corrêa Telles na *Doutr. das Acç.* § 149 nota, estabelece uma jurisprudencia que nos parece nesta materia a mais aceitavel, pronunciando-se nestes termos:

« Ord. do liv. 3 t. 17 § 3 e 5, e Barbosa *ibidem* § 4 n. 2. Julgo a licitação somente admissivel em dous casos:

« 1. Para corrigir a má avaliação dos bens; neste caso ou os outros herdeiros convem que os bens licitados sejão adjudicados ao Licitante em concurrente quantia de seu quinhão e adjudicão-se-lhe; ou elles somente approvão a avaliação do Licitante, e em tal caso pode o Juiz adjudica-los á outro herdeiro neste valor, ou reparti-los por todos, porque a licitação não dá ao Licitante o direito que tem um lançador de leilão (Ant. Faber *in Cod.* l. 3 t. 27 def. 14 e Voet—*Trat. famil. erciscundæ* cap. 6 n. 15).

« 2. Quando na herança haja uma cousa physicamente indivisivel, e todos os herdeiros tenhão nella igual porção e cada um delles a queira (L. 1 Cod. *com. divid.*). Se um tiver maior porção deverá adjudicar-se a este pelo seu justo valor (L. 34 § 2 Cod. *de donat.* Lauterbach liv. 10 t. 3 § 15, e Boehemero—*De act.* secc. 2 cap. 8 § 39). »

Sustenta a mesma doutrina no *Dig. Port.* to. 2 nos arts. 1097 e seguintes.

Sobre a materia de licitações convem ler além de Valasco—*Cons.* 109 e 114, *de Part.* cap. 11, Guerreiro—*de Invent.* liv. 2 cap. 3, Pona—*Orphan.* cap. 7, Gomes—*Man. Prat.* p. 1 cap. 51, Pereira e Sousa—*Prim. Lin.* nota 1021, Pereira de Carvalho—*Proc. Orphan.* cap. 13 e notas, Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 2 diss. 7 a pag. 153, e Gouvêa Pinto—*Memoria sobre o direito e pratica das Licitações*, Menezes—*Juizos Divisorios* cap. 2 de § 11 usque 27, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 472.

Tanto a *Memoria* de Gouvêa Pinto, como a *Diss.* de Almeida e Sousa são, sobre esta materia, os mais importantes *com.* da presente Ord.

(1) *Ou outro algum.*

Estas palavras tem applicação aos herdeiros do objecto que se deve licitar, e nunca a um estranho.

« Pelo nosso Direito, diz Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 485, não são admittidos licitantes estranhos; apenas quando a propriedade não couber no lote de cada um, e nenhum dos co-herdeiros a quizer, tem lugar a venda em hasta, partindo-se o preço (*arg.* da Ord. liv. 4 t. 36 § 1 e t. 96 § 23). »

Com esta doutrina concordão Pereira e Sousa, Gouvêa Pinto, e Pereira de Carvalho, nas obras prenotadas. Corrêa Telles distingue no *Dig. Port.* to. 2 art. 1101 se ha orphãos ou maiores, e no primeiro caso admitte os estranhos a licitar, ainda que os outros herdeiros não convenhão.

(2) *Ou per seu aprazimento.*

Estas palavras indicão que sem o consentimento dos herdeiros não pode ter lugar este remedio.

(3) *Avir*, i. e., ajustar, convencionar, concordar, etc.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 896, Guerreiro—*de Division.* liv. 3 cap. 6 de n. 12 em diante, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 12 § 8, Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 2 pag. 175, *Casas* pag. 235, e *Obrig.* pag. 403 e 405.

6. E se por morte do pai, ou mãi ficarem muitos filhos, e algum fôr menor de vinte e cinco annos, poderão os outros irmãos partir por si, e por elle, com o pai, ou mãi, que vivo ficar, com auctoridade do Juiz, a que pertencer(1); e depois que tiverem partido, dará o Juiz Partidor (2), que parta pelo menor com os outros irmãos, que forem de idade cumprida(3), e valerá a partilha assi feita(4).

M.—liv. 4 t. 77 § 19.

7. Finando-se o pai, se ficar a mãi viva, sendo casados per carta de ametade, e antes que tenha dado partilha da herança aos filhos, ou outros herdeiros do marido, comprar, ou ganhar com os fructos, ou dinheiro da herança alguma cousa, tendo recebido os fructos(5), que aos filhos, ou outros herdeiros pertenciam(quer os filhos sejam dantre ambos, quer da parte do morto), deve trazer tudo a partilha, quando lha demandarem, assi o que ficou por morte do marido, como o que depois comprou, ou ganhou, antes de ter partido com os herdeiros do marido a herança, ou fructos della; e isto, quer se ella case, quer não.

E se os filhos, ou herdeiros do marido antes quizerem(6) partilha dos fructos e renovos dos bens da herança, não haverão parte dos ganhos e compras, que depois forem feitas. E se quizerem partilha dos ganhos e das compras, não haverão partição dos fructos e renovos (7), que depois vieram(8).

M.—liv. 4 t. 77 § 20.

8. E se por morte da mulher ficar o marido vivo, e ficarem filhos da parte da mulher sómente, ou outros seus herdeiros, se filhos della não ficarem, será o marido obrigado dar aos filhos de sua mulher, ou aos outros seus herdeiros partilha do

---

(1) *A que pertencer.*

« Esta disposição, diz T. de Freitas na *Consol.* art. 1146 nota, he obsoleta, os Praxistas mais modernos nem a mencionão, e não ha della exemplo no nosso Fôro.»

(2) *Dará o Juiz Partidor.*

Vide Alv. de 21 de Junho de 1759, e nota (1) ao art. 8 do D. n. 817—de 30 de Agosto de 1851 á pag. 384 desta obra, assim como Carvalho—*Proc. Orphan.* nota 187, e T. de Freitas—*Consol.* arts. 1152 e 1193.

(3) *Idade cumprida*, i. e., idade completa, consequentemente, *maiores*.

Confronte-se esta disposição com a da Ord. do liv. 3 t. 42 pr. nota (1).

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*

(5) *Fructos.*

Vide nota (2) ao § 4 deste tit.

(6) *Antes quizerem.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 1164 nota diz:

« Por Direito Romano não se dava esta alternativa, por quanto o conjuge sobrevivente só tinha obrigação de partilhar os fructos, adquirindo para si o que lucrava por novos contractos antes da partilha. »

O que está de accordo com Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*d*) a pag. 899.

(7) *Fructos e renovos.*

Vide nota (1) ao § 2 deste tit.

(8) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*d*) a pag. 899, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 331.

que comprar, ou ganhar com os fructos, ou dinheiro da herança, em quanto lhes não der partilha dos bens, ou dos fructos e renovos delles (1).

E dando-lhes sua parte dos fructos e renovos, não será obrigado dar-lhes partilha das compras e ganhos: a qual escolha ficará aos herdeiros do defuncto(2). E ficando por morte da mulher filhos dantre ambos (3), guardar-se-ha a disposição do Direito Commum (4).

M.—liv. 4 t. 77 § 21.

9. Outrosi, se por morte do pai, ou mãi ficar algum de seus filhos, ou outro seu herdeiro na posse dos bens, e vierem outros seus irmãos, ou herdeiros de fóra, e lhe pedirem partilha dos ditos bens e herança, aquelle, que assi stiver em posse(1), haverá a sua parte daquillo, que tiverem os outros herdeiros, que vierem pedir a partilha, sendo cousas taes(2), que elles sejam obrigados trazel-as á partilha, como abaixo (3)diremos (tit. 97 § 16). E os irmãos ou herdeiros, que assi vierem de fóra, não entrarão na posse dos ditos bens, que elle tiver para partir; mas de fóra lhe devem pedir partilha delles(4).

M.—liv. 4 t. 77 § 23.

10. E stando algum em posse dos bens de seu pai, ou sua mãi per hum anno, ou mais (5), levando delles os fructos e renovos (6), dará aos outros irmãos e herdei-

---

(1) *Fructos e renovos delles.*

Vide notas (1) e (6) aos §§ 2 e 7 desta Ord. e Valasco—*de Partit.* cap. 4 n. 16.

(2) *Herdeiros do defuncto*, i. e., que podem ser enteados do conjuge vivo.

(3) *Filhos dantre ambos.*

Porque neste caso, sendo o marido o cabeça de casal, na conformidade do Direito Romano que a Ord. manda seguir, tem elle o usufructo dos bens dos filhos, *ex vi* das Ords. do liv. 1 t. 88 § 6, e deste liv. t. 97 § 19 e t. 98 no ultimo §, e por conseguinte não está obrigado a trazer á partilha os rendimentos, i. e., os fructos e renovos.

T. de Freitas desenvolve com mais amplidão esta materia dizendo na *Consol.* art. 1165 e nota, o seguinte:

« Cit. Ord. § 8. Manda-se guardar a disposição do Direito Commum, o que deve-se entender, não relativamente á alternativa que o Direito Romano não concedia, mas em relação aos tit. 60 e 61 do liv. 6 do Cod.—*de bon. matern.*—*de bon. quæ liber. in potest.* Ahi revogou-se o antigo Direito, dando-se ao pai com excepção de alguns casos o usufructo dos bens dos filhos sob seu poder; o que foi adoptado pelo nosso Direito—arts. 174 e 179 *Consolid.*

« Como porém se deve entender quanto aos filhos isentos do patrio poder, a quem já pertence o usufructo de seus bens? Segue-se neste caso o Direito Romano, não tendo o filho emancipado direito alternativo para pedir a partilha dos bens comprados ou adquiridos pelo pai, ou a dos fructos da herança; e podendo somente exigir a partilha destes. Tal he a decisão do *Rep. das Ords* to. 3 pag. 900 a 903, quer o filho tenha sido emancipado pelo pai depois do fallecimento da mãi e antes da partilha, quer já estivesse emancipado antes do fallecimento da mãi.

« Não deixa de haver incoherencia em negar ao filho emancipado o mesmo direito alternativo que se dá a herdeiros estranhos, porém a razão da differença acha-se no mesmo Direito Romano que concedia ao pai uma parte dos fructos dos bens do filho, ainda mesmo que o tivesse emancipado. Não he assim pelo nosso Direito, que faz cessar o usufructo paterno logo que o filho se emancipa—art. 17 *Consolid.* »

(4) *Guardar-se-ha o Direito Commum*, i. e., o Romano.

Vide nota precedente.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 900, referindo-se a esta Ord., diz que a sua intelligencia he mui difficil, por quanto Cabedo no *Aresto* 31, que tambem seguio Man. Barbosa, sustenta uma jurisprudencia, e Arouca na *All.* 24 n. 21 sustenta outra, que suppõe mais juridica, por quanto diz que a presente Ord., referindo-se ao Direito Romano, deve-se entender do filho que ainda está debaixo do poder patrio, de cujos bens tem o pai o usufructo.

Quanto ao filho fóra do patrio poder, ou emancipado parece incoherencia negar-lhe o beneficio que tem os outros herdeiros no principio do §, mas mandando a Ord. positivamente *guardar o Direito Commum*, forçoso he subscrever á sua disposição, conforme aconselha Silva Pereira e compendiou a *Consol.* na nota precedente.

Guerreiro—*de Division.* liv. 6 cap. 1 n. 165 partilha a doutrina de Arouca, assim como Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 331 n. 11. Consulte-se tambem Barbosa no respectivo *com.*, Almeida e Sousa—*Diss. jur.* pag. 148, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 186 n. 1 e § 188 n. 38 e nota, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 583.

(1) *Que assi stiver em posse*, i. e., o inventariante.

Cumpre porém notar que elle não pode vender bens alguns da massa sem consentimento dos co-herdeiros, e fazendo-o podem estes oppôr embargos de terceiro senhor e prejudicado na cousa commum (Valasco—*Cons.* 69 de n. 23 em diante, Cabedo—p 1 *Dec.* 146, Guerreiro— *de Division.* liv. 6 cap. 12 n. 61 e *de Rat. red.* liv. 5 cap 10 n. 5).

Vide Ords deste liv. t. 5 e deste tit. § 14 e 15.

(2) *Cousas taes*, como, além de certos bens, os respectivos fructos e rendimentos, etc.

Vide mais abaixo nota ao § 10.

(3) A primeira edição diz:—*acima dissemos*, engano que foi reparado pela nona de Coimbra que seguimos.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep. dos Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 903, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 12 § 7, e Almeida e Sousa—*Obrig.* pag. 412.

(5) *Hum anno ou mais.*

Este praso deve contar-se do momento da posse e não do fallecimento do Testador, se á esse tempo não tinha nella entrado.

(6) *Fructos e renovos.*

Vide nota (1) ao § 8, assim como a nota (1) ao § 2 deste tit. a pag. 957.

Almeida e Sousa nas *Obrig.* § 615 referindo-se ao filho que tem de conferir o dote ou doação, com os respectivos juros, e ás duvidas que essa obrigação tem suscitado, diz o seguinte:

« Muitos Doutores fundados na L. 5 § 1 ff. *de dot. collat.* distinguem os casos de ter ou não sido moroso o filho na collação do dote *em dinheiro*: de forma que não tendo sido moroso, e ao menos por interpellação constituido em móra, o desobrigão das usuras. Outros seguem absolutamente o contrario, obrigando-o ás usuras ou juros, haja ou não haja móra. »

E em nota accrescenta:

« Coccey—*Jus controv.* liv 37 t. 7 qu. 5, onde assim o defende, respondendo magistralmente á dita L. 5 § 1 ff. *de collat.*

« Com effeito a Ord. liv. 4 t. 96 § 9 e 10 obriga ao filho, que em posse da herança, satisfazer os rendimentos aos co-herdeiros até o tempo da partilha, e entrega.

« E aqui entra a equidade para que os rendimentos que o possuidor deve, se compensem com o interesse do dinheiro, que o outro filho retem. Vejão-se Guerreiro—*Tract.* 2 liv. 8 cap. 21, e Caldas—*de Emption.* cap. 9 de n. 22 em diante. »

Barbosa no *com.* diz, que se o filho e herdeiro inventariante residir na casa commum, deve partilhar os rendimentos da mesma como se fôra arrendada.

No que concorda Ag. Barbosa nas *Castigat.* n. 310, e Caldas—*de Emption.* cap. 9 n. 19.

Almeida e Sousa no seu tratado de *Casas* no cap. 7 de § 267 á 273 sustenta o contrario, e Valasco — *de Part.*

ros partilha dos fructos e renovos (1), ou terá cada hum delles outro tanto tempo os ditos bens(2), quanto os elle teve, e então partirão(3).

M.—liv. 4 t. 77 § 24.

11. E depois que algum(4) começar dar partilha a seus irmãos, ou a outros quaesquer, não a pode deter(5), que a não acabe de todo, por razão de entrega do casamento(1), nem de outra alguma cousa, nem fará sobre isso demanda(2), até que a partilha seja acabada. E o que houver de dar partilha, começal-a-ha, ou no movel, ou na raiz, qual mais quizer(3).

M.—liv. 4 t. 77 § 25.

12. E começando alguma pessoa dar partilha á seus filhos, ou irmãos, ou a quaesquer outros herdeiros, não poderá dilatar, nem deter a dita partilha por duvidas algumas, que depois mova(4). E se a pessoa,

---

cap. 4 n. 7 refere neste sentido um caso julgado, contra a sua doutrina, o qual tambem não nos parece de accordo com a da Ord.

(1) *Partilha dos fructos e renovos.*

Vide nota precedente, e confronte-se esta com as Ords. deste tit. § 2 e 4.

Almeida e Sousa nas *Obrig.* § 578 e 579 diz o seguinte:

« Pelo Alv. de 9 de Novembro de 1754 passa pela morte dos pais o dominio e posse das legitimas aos filhos, e o que as possue como cabeça de casal (o *inventariante*) a possue em nome de todos.

« Este he o systema que seguio a Ord. liv. 4 t. 96 § 3, 4 e 10, em quanto ahi se vê constituido o irmão possuidor na obrigação de *chamar* outro á partilha. Só chamando-o, e não vindo, he que a Lei desobriga ao possuidor de lhe pagar, quando vier partir, os respectivos rendimentos.

« E não sendo jamais chamado á partilha pelo possuidor; a Lei o obriga aos rendimentos de todo o tempo, sem distincção de serem muitos ou poucos annos, que o irmão tinha desfructado a legitima do irmão.

« E se a lei assim o obriga, he consequente necessario que elle resiste á prescripção, como possuidor de má fé, sabendo que tem irmãos, e não os interpellando para a partilha. »

O mesmo Jurista no seu tratado de *Casas* § 273 observa o seguinte:

« Contra a regra geral (§ 267) pode fazer duvida a Ord. liv. 4 t. 96 § 4 e 10, que parece obrigar o socio da cousa commum pagar ao coherdeiro a sua parte do rendimento (Valasco—*de Partit.* cap. 4 n. 17), equiparando-se os *fructos civis*, quaes, os rendimentos das casas, aos *naturaes* e *industriaes*.

« Porem o dito § 4 falla do *herdamento*, que produz pão, e outras especies de fructos, que se lavrão e semeião.

« No § 10 tracta de fructos e *renovos* dos bens communs; palavras, que em sentido natural não comprehendem os *fructos civis* das casas, que não são propriamente, mas só *commenticiamente* fructos (Netto — *de Testam* liv. 6 t. 2 n. 2): e por tanto apesar do raciocinio de Valasco, foi justo o *Aresto* que elle refere (e comprova a regra geral, de *quà* § 273); e a mesma regra procede com as limitações, que não deixo censuradas. »

Em nota diz o citado Jurista, quanto á expressão — *renovos*:

« Esta foi sempre a accepção geral de *renovos*, quatenus *fructos* de anno em anno, e na *propria especie*. Fr. Joaquim no *Elucidario* hoc verbo. »

E accrescenta em outra nota:

« Que esta he a genuina intelligencia da citada Ord. (§ 10) o firmou Caldas—*de Emption.* cap. 9 n. 21. »

(2) *Os ditos bens.*

Esta alternativa só he admissivel, disem os interpretes, quando o inventariante consumisse os rendimentos, não tendo com que indemnisar aos outros co-herdeiros (Valasco—*de Partit.* cap. 4 n. 15, e cap. 22 n. 5, alem de Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 582, to. 2 nota (*c*) a pag. 605, notas (*b*) e (*c*) a pag. 647, e to. § nota (*a*) a pag. 905).

T. de Freitas na *Consol.* art. 1168 nota, observa que esta parte da Ord. não está em uso.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep.* nos lugares supra notados, e Almeida e Sousa— *Casas* pag. 231, *Notas á Mello* to. 3 pag. 514, e *Obrig.* pag. 98, 346, 412 e 465.

(4) *E depois que algum*, i. e., o inventariante ou cabeça de casal.

(5) *Não a pode deter.*

Esta doutrina está de harmonia com a do Dec. n. 834 —de 2 de Outubro de 1851 art. 32 § 5 e 8.

(1) *Entrega de casamento*, i. e., entrega de dote (Almeida e Sousa—*Obrig.* § 683).

Viterbo no *Elucidario* diz o seguinte:

« *Casamento* Esta era uma das insupportaveis pensões, que os Ricos-homens, Ricas-donas, Infanções, Cavalleiros, Escudeiros, Naturaes, ou Herdeiros annualmente extorquião dos Mosteiros, de que tinhão o Padroado, ou qualquer parte delle, por fundação, compra, ou herança.

« A porção que se dava aos homens, chamavão *Cavallaria*; a que recebião as mulheres se chamava *Casamento*: ou por ser destinada para o augmento do seu dote, ou para allivio, e supportação do seu matrimonio já contrahido.

« Com este abusivo costume se delapidarão os bens temporaes de muitos Mosteiros, que de todo se extinguirão, e a mesma sorte fora a dos outros, se os nossos religiosissimos Monarchas não procurassem extinguir tão devorante peste. »

João Pedro Ribeiro em nota a este art. accrescenta:

« O direito que recebião os Padroeiros com o titulo de *casamento*, nada tinha com a *Cavallaria*. Um era ajuda de custo, quando casavão os filhos, o outro, quando se armavão *cavalleiros*. »

Deste imposto veio a chamar-se ao dote *casamento* (Couto—*Decada* 4 t. 6 cap. 8).

(2) *Nem fará sobre isso demanda.*

Almeida e Sousa nas *Obrig.* § 686 diz o seguinte:

« He na verdade digna da maior censura a praxe deste Reino, que indistinctamente remette á via ordinaria quantas duvidas occorrem nos Inventarios:

1.º Se ellas consistem em Direito applicavel á factos constantes por documentos, necessariamente devem decidir-se logo, sem reserva para a acção ordinaria, por que o Direito sempre he certo: e quando a questão seja controversa pelos Doutores siga logo o Juiz a mais provavel, occorrendo assim logo á multiplicação de demandas.

2.º Se as questões occorrentes dependem de disputas, e provas de facto, estão dadas as providencias na Ord. do liv. 4 t. 96 § 11 (*até agora mal entendida*), e tudo sem essa remessa para as acções ordinarias; e depois de findo o inventario se pode nelle decidir com a distincção destes casos »

Esses *casos* o mesmo Jurista enumera e desenvolve nos § 687 usque 690, e são os seguintes:

1º—Se o cabeça de casal oppuser alguma excepção prejudicial ao herdeiro que deve conferir algum bem que possúa.

2º—Se o herdeiro que recebeo dote recusa conferi-lo, neste caso depois da partilha, deve prestar caução de conferir o mesmo dote, caso a questão seja decidida contra elle.

O terceiro e quarto casos são fundados nas disposições do § 12 *infra*.

Vide tambem o mesmo Almeida e Sousa na obra citada § 694.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Almeida e Sousa—*Obrig.* pag. 418, 419, 420 e 424.

(4) *Por duvidas algumas, que depois mova.*

Almeida e Sousa nas *Obrig* § 689 observa o seguinte:

« Porque uma vez que não oppôz as duvidas antes de começar a dar partilha, e *só depois disso*, já aqui está respirando a presumpção de que a quer retardar com essas duvidas para entretanto gosar os bens.

« Mas não se segue que depois de dar partilha do que se não duvida, não prosigão as duvidas no mesmo inventario. »

que stá em posse da herança(1), antes de comecara dar partilha(2), allegar algumas duvidas, sobre que deva haver demanda, será tirada da posse da herança e bens, e os ditos bens e novidades delles(1) se sequestrarão, até as duvidas se acabarem (2).

E não se acabando as partilhas e duvidas dellas dentro de hum anno(3), contado do dia da morte do defuncto, logo os bens e heranças se sequestrarão, salvo constando notoriamente, que não se acabaram as partilhas, e duvidas dellas dentro no dito anno por culpa do possuidor, senão dos outros herdeiros.

E o mesmo se guardará, quando algum dos herdeiros tiver em si dote, ou cousa que deva trazer á collação, e disser que quer ser herdeiro(4), e mover alguma duvida ácerca do que assi he obrigado trazer á collação: porque logo o Juiz das partilhas de seu officio (5) sequestrará o dito dote, ou cousa,

---

(1) *Stá em posse da herança.*

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 644.

O sequestro de que trata mais abaixo esta Ord. só tem lugar entre os herdeiros, e não pode ser exigido por qualquer donatario, cessionario ou terceiro que possão ter acção nas partilhas.

Da mesma sorte tambem não tem lugar o sequestro entre os herdeiros dos herdeiros (Phœbo— p. 2 *Aresto* 64), assim como quando as partilhas são pedidas por via ordinaria.

(2) *Antes de começar a dar partilha.*

Almeida e Sousa nas *Obrig.* § 690, acha incoherente e contradictorio comsigo mesmo, esta segunda parte do § 12, com a terceira que começa: *e não se acabando*, etc.; por que, diz elle, pondo-se duvidas antes do principio das partilhas, manda sequestrar não só os bens sobre que são as duvidas, mas a herança *toda* em odio do possuidor, que oppõe as duvidas: e *passado o anno* sem as duvidas e partilhas se acabarem, manda outra vez sequestrar o que já *suppõe* sequestrado, logo que no principio se opposerão duvidas!

« Ainda menos, continúa o mesmo Jurista, posso combinar este § 12 na primeira parte com o § 14, que *prohibe* se faça sequestro ao cabeça de casal, sobre o que algum co-herdeiro de fóra requer que elle confira. »

Mostrando que nem Valasco, Pegas, Guerreiro, Pona, e o *Repertorio das Ords.* resolverão estas duvidas, procura o mesmo Jurista solvê-las do seguinte modo nos § 692 e 693:

« Eu vejo a semelhante Ord. liv. 4 t. 95 § 2, que só manda pôr em sequestro as cousas sobre que nas partilhas ha duvida—« se as pessoas forem taes, de que se tema virem a pelejas, e arroidos, até ser determinado por Direito a quem pertencem,» E assim o primeiro sequestro, que determina o dito § 12 do t. 96 no versiculo.—E a pessoa—parece que só pode ser praticavel, quando as pessoas forem taes, *que se tema virem a pelejas e arroidos*; porque de outro modo seria iniqua a Lei, que comminasse hum sequestro apenas o possuidor antes das partilhas allega algumas duvidas, sejão ou não justas, e que comminasse hum sequestro por mais justas que fossem as duvidas, quando as póde haver justas, quaes as expostas no cap. 4, e neste, § 677 e segs.

« E por tanto, interpretando a primeira parte do dito § 12, em termo, que não contenha iniquidade, e absurdo, e combinado com o § 2 do t. 95, devemos assentar que a primeira parte do dito § 12, em quanto commina sequestro da herança, logo que o possuidor *antes de começar a partilha allegar algumas duvidas*, se deve entender, *se as pessoas forem taes, de que se tema virem a pelejas, e arroidos*:

« Porque assim he geralmente permittido aos Magistrados, ainda sem requerimento de parte (Pegas to. 2 *Forens.* cap. 16 pag. 1072). E de outro modo seria iniqua huma Lei, que logo que o possuidor da herança oppozesse alguma excepção (sendo permittidas muitas, como temos visto) contra os pretendentes das partilhas, lhe comminasse um sequestro tão odioso, como se nota na Ord. liv. 3 t. 31 e t. 73 § 3, só porque oppõe huma duvida justa.

« Toda a Lei se deve interpretar em termos, que não produza absurdos. E devemos assentar que cessando o temor das rixas, só passado o anno de embaraço he que tem lugar o sequestro, que determina a segunda parte do dito § 12.»

E em nota (*b*) accrescenta:

« Tambem ha casos em que, ainda faltando o temor de rixas, se pode logo no principio do Inventario, e antes do anno, decretar o sequestro: Taes são os seguintes:

« 1.º Se o cabeça de casal foi contumaz em dar bens á escripta; porque em tal caso o sequestro he huma justa pena da contumacia: Guerreiro —*Tract.* 2 liv. 6, cap. 12 n. 59.

« 2.º Quando houver temor de delapidação, e dissipação, justificados porém os regulares requisitos: Guerreiro *supra* n. 57 e 60.

«Bem como no principio de qualquer demanda, ainda sobre bens de raiz, se póde decretar sequestro, quando ha hum justo temor de que o possuidor dissipará os os fructos, e a propriedade. Silva—*com.* á Ord. liv. 3 t. 31, *in princ.* n. 36. »

(1) *E novidades dellas.*

Vide Ord. deste liv. t. 97 pr. e do liv. 1 t. 88 § 6 nota (1).

(2) *Até as duvidas se acabarem.*

Phœbo no *Aresto* 90 diz, que na Casa da Supplicação se julgou que esta Ord. que manda fazer sequestro nos bens da pessôa que retarda as partilhas, não procedia nas causas que correm por libello ordinario em que se pedem as taes partilhas. Ag. Barbosa—*Castigat.* n. 311.

(3) *Dentro de hum anno.*

T. de Freitas no *Consol.* art 1171 pondera o seguinte na nota á esse art:

« Não se observa esta disposição, e quasi todas as partilhas durão *mais* de um anno.

« Os sequestros se formão mesmo dentro do anno quando os inventariantes, sendo citados com essa comminação para o encerramento do inventario e dar partilha, deixão-se lançar do prazo assignado, que ordinariamente he de cinco dias. »

Para poupar-se á pena de sequestro pode o cabeça de casal solicitar da Relação do Districto a prorogação deste prazo. L. de 22 de Setembro de 1828 § 6 n. 5. e Reg. de 3 de Janeiro de 1833 art. 9 § 11, arts. 63 e 71; de accordo com o Alv. de 24 de Julho de 1713.

(4) *Quer ser herdeiro.*

Vide nota (1) á este § na outra col., e Almeida e Sousa—*Obrig.* § 695, nota.

(5) *Juiz das partilhas de seu officio.*

Vide nota (2) á este §, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*c*) a pag. 202.

Almeida e Sousa nos *Obrig.* § 694 nota o seguinte:

« Praticadas pois as providencias, que deixou a Ord. do liv. 4 t. 96 § 11 e seguintes até o § 13, *quasi* ou *nunca* se deverá remetter alguma questão, que seja incidente do Inventario, e propria delle, para outra acção ordinaria.

« Porque se o cabeça de casal antes de principiar a dar partilha, ou consentir nella, oppuser alguma das justas excepções ao coherdeiro que a pede, estas excepções *prejudiciaes* se devem primeiro necessariamente tratar.

« Se se oppõe taes excepções depois de reconhecidos os coherdeiros, e pela presumpção de dólo, não devem embaraçar a partilha começada, ou reconhecida; mas caucionando o coherdeiro, que a pede e se pretende repellir, se lhe deve dar partilha, e depois continuar-se a disputa sobre a tal excepção, para que procedendo elle haver de restituir o que recebeu. »

No § 695 accrescenta:

« Se algum dotado constando ter recebido o dote duvida conferi-lo querendo ser herdeiro, a pratica (§ 681) admitte contra elle embargos; e a Ord. do liv. 4 t. 96 § 12 no fim, lhe manda logo *sequestrar o dote*.

« Eis aqui providencias justas, que fazem *desnecessaria* a acção ordinaria.

postoque lhe não seja requerido pelas partes(1).

M.—liv. 4 t. 77 § 25.
L. de 18 de Novembro de 1577 § 35.

13. E porque o Juiz dos Orfãos e mais Julgadores, que fazem partilhas, tenham cuidado de fazer os ditos sequestros, mandamos que em suas residencias(2) se pergunte particularmente(3), se os fizeram nos casos acima declarados, e não os fasendo, se lhes dará em culpa nas ditas residencias. E os ditos sequestros se não levantarão, postoque as partes o requeiram, com se offerecerem a dar fiança (4).

E sentindo-se alguma das partes aggravada de o Juiz não fazer os ditos sequestros, não poderá appellar, sómente poderá aggravar per instrumento, ou per petição(5).

L. de 18 de Novembro de 1577 § 35.

14. Porém o irmão, que não stá em posse da herança, pode requerer ao que stiver em posse della, que traga logo á partilha o que houve de seu pai, ou mãi, postoque a partilhà seja entre elles começada, e não seja ainda acabada. E neste caso não será o irmão, que stiver em posse tirado della (1).

M.—liv. 4 t. 77 § 26.

15. E o que dissemos do irmão, que stá em posse da herança de seu pai, ou mãi, haverá lugar no marido, que por morte da mulher tem em seu poder os bens que ambos haviam e possuiam em sua vida: E bem assi na mulher, que por morte de seu marido ficou em posse e cabeça de casal, de cuja mão os herdeiros hão de receber a herança(2).

M.—liv. 4 t. 77 § 27.

16. E se os irmãos começassem entre si partir a herança de seu pai, ou mãi, ou de qualquer outro defuncto, que a elles pertença, sem algum delles star em posse da herança ao tempo, que começaram fazer a partilha, poderá cada hum delles allegar contra o outro em todo o tempo (postoque a partilha não seja entre elles acabada) qualquer razão, que lhe com direito pertença, assi da entrega do casamento(3), como de outra qualquer cousa, e será ouvido com seu direito, sem embargo de já a partilha ser entre elles começada(4).

M.—liv. 4 t. 77 § 28.

17. Havendo filhos que tenham dotes(5), se fará partilha do liquido entre os outros filhos, que não tiverem dotes, salvo se os dotados disserem que querem vir logo á partilha, com seus dotes: por que então se fará partilha direita entre todos. E havendo alguma fazenda de partilha, que não seja liquida(6), ou que stê fóra do Reino, se fará partilha da fasenda liquida que stiver no Reino; e assi como a fazenda, que não he liquida, ou que stiver fóra do Reino, se fôr arrecadando, assi se irá fazendo partilha della.

E isto se entenderá, quando todos forem moradores no Reino, porque morando al-

« Finalmente se o cabeça de casal suscita elle mesmo questão, que não se decidio em um anno, a Lei o castiga com o sequestro sem mandar que essas dividas se remettão ao Juizo ordinario.

« A Lei quer que tudo quanto fôr incidente das partilhas se decida no Inventario, e que os enredos se cortem por meio das referidas providencias.

« Será talvez o desejo do salario dos inventarios que faz com que os Juizes os abbreviem mais do justo, e abandonem tudo para a via ordinaria ?»

Consulte-se tambem a nota a este § que he importante.

Não obstante todas estas razões, de harmonia com aletra e espirito da Ord , a pratica contraria tem prevalecido no fôro (Carvalho—*Proc. Orfan.* nota 191).

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 notas (*b*) e (*a*) a pag. 905 e 906, Mello Freire—*Inst* liv. 4 t. 3 § 9 e 10, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* pag. 405, *Obrig* pag. 420, 421, 424 e 425.

(2) *Residencias.*

Era outr'ora uma syndicancia sobre o proceder do Magistrado, durante o tempo que exercia o seu cargo.

Ellas forão completamente abolidas pela nova legislação criminal e respectivo processo.

Vide Ord. do liv. 1 t. 60 pr. e nota (1).

Entretanto pela Res. de 11 de Setembro de 1826 já se havia declarado que o Dec. de 12 de Novembro de 1821 mandado observar pela L. de 20 de Outubro de 1823, comprehendia as devassas geraes das *residencias* dos Magistrados. O Dec. de 12 de Novembro extinguia todas aquellas *devassas.*

(3) *Se pergunte particularmente.*

Hoje o Legislador não dá tanta importancia á esta materia.

(4) *Fiança*, ou caução.

Vide Phœbo—p. 2 *Aresto* 87 versic.—*in uno vero* e Pona—*Orphan.* cap. 1 n. 64.

(5) *Aggravar per instrumento ou per petição.*

Este aggravo está consignado entre os que enumera o Dec. n. 143—de 15 de Março de 1842 art. 15 § 7.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira— *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 73, to. 3 nota (*b*) á pag. 198, e to. 4 nota (*e*) a pag. 651, e Almeida e Souza—*Obrg.* pag. 420 e 424.

(1) *Tirado della.*

He uma excepção as regras precedentes.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Valasco—*de Partit.* cap. 4 de n. 8 em diante, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 907, e Almeida e Sousa — *Obrig.* pag. 420 e 424.

(2) Vide nota precedente. Aqui tambem se estabelece uma nova excepção á regra dos §§ 12 e 13.

Consulte-se Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—Rep. *das Ords* to 3 nota (*b*) á pag. 907, e Almeida e Sousa—*Obrig.* pag. 424.

(3) *Entrega do casamento*, i. e., do dote.

Vide nota (1) ao § 11 deste tit.

(4) He outra excepção aos §§ 11, 12 e 13.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Almeida e Sousa —*Notas á Mello* to. 2 pag. 113, e *Obrig.* pag. 98.

(5) *Dotes.*

Vide Ord. deste liv. t. 47 e t. 97 pr., e Silva Pereira—Rep. *das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 200.

(6) *Que não seja liquida.*

« De ordinario, diz T. de Freitas—*Consol.* art. 1177 nota 5, só se faz uma *sobrepartilha*, para a qual fica reservado todo o illiquido. »

gum delles fóra do Reino, e tendo fazenda, que deva vir a partilha, não se lhe dará partilha da que stiver no Reino, sem primeiro se fazer partilha da que stiver fóra delle (1).

L. de 18 de Novembro de 1577 § 36.

18. E quando a partilha fôr de todo feita e acabada entre os irmãos, ou outros herdeiros, se fôr feita em sua presença e de seu expresso aprazimento e consentimento, per mandado da Justiça, e per Partidores, e fôrconcordada e assinada pelo Juiz (2) e Partidores, ou quando as partes fizerem partilha entre si sem auctoridade de Justiça (3), tanto que per elles fôr acabada, e o auto, que se della fizer, fôr per elles assinado em scriptura publica, ou autos publicos (4), em cada hum destes casos (1) não se poderá jamais a partilha desfazer (2), postoque alguma das partes a contradiga. Porém, se disser que foi nella enganado além da ametade (3) do que justamente lhe pertencia haver, e o assi provar, as partilhas outrosi se não desfarão, mas os outros

---

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 113 e *Obrig.* pag. 98.

(2) *Concordada e assinada pelo Juiz*, i. e., sentenciada pelo Juiz.

He esta a partilha judicial.

Não sendo o Juiz competente, he a sentença nulla, assim como se não fôr citado algum dos co-herdeiros, ou se se deu a partilha a quem não competia, ou se désse lesão enormissima. Barbosa no *com.* n. 2.

(3) *Sem auctoridade de Justiça.*

He esta a partilha que se denomina *amigavel*, e que só pode ser feita quando entre os co-herdeiros não existe algum menor, interdicto, ou ausente (Ord. do liv. 1 t. 88 § 4 segs.).

Vide Ord. do liv. 1 t. 24 § 21, Dec. n. 681—de 10 de Julho de 1850 art. 14 e Av. n. 33—de 31 de Janeiro de 1852, e T. de Freitas—*Consol.* art. 1144 nota (2).

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 487 diz o seguinte:

« Ha ainda um terceiro modo de partilhas, quando o Testador as deixou reguladas em sua disposição; o qual deve ser observado, excepto se, sendo entre herdeiros necessarios, algum ficar lesado em sua legitima (Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 12 § 3, e Cod. Civ. Francez art. 1075). »

No scholio diz ainda o mesmo Jurista:

« O Cod. Civ. Francez manda respeitar e cumprir as partilhas feitas pelo ascendente aos seus descendentes, ou o seja por acto *inter vivos*, ou por testamento: e só permitte rescindi-las, se contiverem lesão em mais da quarta parte. Esta doutrina he a seguida por Mello, e por Lobão—*Obrig. recip.* § 312.

« Por ella parece-me sustentavel o costume de algumas terras, principalmente entre lavradores, de nomearem os pais a um dos filhos toda a casa com a obrigação de compôr os outros a dinheiro, ainda mesmo nos bens, que não são de prazo.

« Com o mesmo fundamento se sustenta a opinião de Valasco—*de Partit.* cap. 19 n. 25 de que o pai pode consignar a terça em certos bens da herança, não obstante ser combatida por Lobão—*Acç. Sum.* diss. 5 § 18. »

T. de Freitas na *Consol.* nota supra citada observa o seguinte:

« Quando a Fazenda Publica fôr interessada por decima ou taxa de herança ou legado, os inventarios devem ser feitos judicialmente (Alv. de 17 de Junho de 1809 § 9 e Reg. de 28 de Abril de 1842 arts. 1 e seguintes)? Mas isto não impede que as partilhas sejão amigaveis, uma vez que a Fazenda Publica esteja paga (Av. n. 33—de 31 de Janeiro de 1852, e Reg. n. 2433—de 15 de Junho de 1859 art. 79 § 2).

« A partilha pode ser amigavel em relação a certos bens da herança, e judicial quanto a outros bens. »

(4) *Em scriptura publica ou autos publicos.*

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 487 scholio observa o seguinte:

« As partilhas amigaveis poderão ser feitas por escripto particular? A Ord. do liv. 4 t. 96 § 18 declara-as irrescindiveis, somente desde que forão assignadas em escriptura publica. »

Entretanto o Dec. n. 681—de 10 de Julho de 1850 no art. 14 presuppõe a existencia e legalidade de taes partilhas, exprimindo-se desta sorte:

« Os quinhões hereditarios, ainda que sejão havidos em virtude de partilhas feitas extrajudicialmente por escripturas publicas ou *particulares*, estão sujeitos ao mesmo sello que os das judiciaes. »

No que tambem está de accordo o Av. n. 33—de 31 de Janeiro de 1852, e Almeida e Sousa—*Obrig.* § 724.

Loureiro no *Dir. Civ. Bras.* § 475 diz: que no caso de partilha amigavel por escripto particular, excedendo a herança a quantia da lei, i. e., a Ord. do liv. 3 t. 59 combinada com os Alvs. de 16 de Setembro de 1814 e de 20 de Outubro de 1793, e com a L. n. 840—de 30 de Outubro de 1855 art. 11, deve a partilha ser reduzida a escriptura publica. Por esta forma rarissimas serião as partilhas que por este meio se poderião fazer, maxime entrando alguns bens de raiz.

Mas esta doutrina, aliàs em desaccordo com a Ord. do liv. 3 t. 59 § 11, se acha de harmonia com a de Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 908.

T. de Freitas na *Consol.* art. 1145 nota diz o seguinte:

« Somente (*as partilhas*) celebradas por *termos judiciaes* devem ser julgadas por sentença; porém está *em costume* requerer a homologação em todos os casos, tirando os herdeiros seus formaes. A Ord. do liv. 1 t. 78 § 12 falla de escripturas, que, por maior firmeza, se julgão por sentença.

« Judiciosamente observa Lobão—*Obrig. recip.* § 722 que a sentença confirmatoria de partilhas amigaveis não tem a mesma força que a Ord. do liv. 4 t. 96 § 22 dá ás sentenças de partilhas extrahidas dos processos de inventario.

« Observa mais § 723 e 724 que as escripturas publicas de partilhas *amigaveis* podem ser ajuizadas por assignação de dez dias, e que os escriptos particulares de taes partilhas podem ser ajuizados por acção de reconhecimento nos termos da Ord. do liv. 3 t. 25 § 9. »

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota supracitada diz, que ainda sem escriptura publica estando os herdeiros de posse dos seus quinhões por dez annos entre presentes e vinte entre ausentes, presume-se feita e acabada a partilha.

(1) *Em cada hum destes casos.*

Por tanto a lesão se pode dar tanto na partilha judicial como na amigavel,

(2) *Não se poderá jámais a partilha desfazer.*

Salvo, diz Barbosa—*com.* n. 4, se allegar-se falta de primeira citação ou lesão enormissima (Valasco—*de Partit.* cap. 39 n. 7 e 53, e Mendes de Castro—*in Praxi* liv. 4 cap. 3 n. 10).

T. de Freitas na *Consol.* art. 1129 dizendo que partilhas judiciaes ou amigaveis não estão sujeitas á rescisão, accrescenta na nota, porque a rescisão *suppõe* um acto valido, e por tanto não exclue o caso de nullidade. Quando a partilha resente-se de nullidade manifesta, está sujeita á revogação, por quanto o acto nullo reputa-se como se nunca existisse.

Vide a mesma *Consol.* nos arts. 359, 360, 550 e seguintes, além do art. 1180 e nota.

(3) *Enganadô além da ametade.*

Esta disposição está de accordo com a Ord. deste liv. t. 13 § 3.

Esta lesão pode ser reclamada até quinze annos, na conformidade da Ord. do mesmo tit. § 5 e 6. Vide T. de Freitas—*Consol.* arts. 859 e 1183.

herdeiros lhe comporão(1) sómente a sua direita parte(2).

M.—liv. 4 t. 77 § 29.
L. de 18 de Novembro de 1577 § 38.

19. Postoque a partilha seja feita e acabada, se alguma das partes disser, que he errada, e feita como não deve, e provar que he aggravado(3)e danificado em a sexta parte (4) do que lhe directamente pertencia haver, a dita partição se não revogará, nem fará outra de novo; mas os outros herdeiros lhe comporão(1)outrosi sua direita parte; comtanto que o que assi da partição se queixa, a contradiga e reclame até hum

---

(1) *Os outros herdeiros lhe comporão.*
Almeida e Sousa nas *Obrig.* § 726 pondera o seguinte.
« Sim determina a Ord. liv. 4 t. 96 § 18 no fim que ainda que a lesão enorme se prove—«as partilhas, se não desfarão, mas os outros herdeiros lhe *comporão* somente a sua direita parte.»
« Sim parece privar ao co-herdeiro melhorado da eleição que, geralmente, no caso da lesão concede a mesma Ord. liv. 4 t. 13 § 1 junto o § 6: porém o *Rep. das Ords.* debaixo da conclusão—*Partilha* feita com aprazimento dos co-herdeiros, etc. declara, que se na partilha houver tão graves erros, que de nenhuma maneira se possão emendar sem se fazer outra de novo, então se deve annullar a primeira, e fazer segunda.
« Confirão-se Valasco—*de Partit.* cap. 39 n. 70 e 77, Pereira—*Dec.* 12 n. 3 in fine, Pegas—*com.* á Ord. do liv. 1 t. 84 § 4 n. 270 no to. 7, e Guerreiro—*de Division.* liv. 8 cap. 12 n. 2.
Sobre o valor da palavra—*comporão,* vide no § 19 a nota respectiva.
(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords* to. 3 nota (*c*) a pág. 907, e nota (*a*) a pag. 908 e 909, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 12 § 13 e, 14 e liv. 4 t. 18 § 3, e Almeida e Sousa—*Execuç.* pag. 323, *Proc. Execut.* pag. 108, *Dir. Emphy.* to. 1 pag. 57, *Notas á Mello* to. 2 pag. 113, to. 3 pag. 379, 469, 521 e 525, e *Obrig.* pag. 98, 349, 350, 436, 438, 446 e 448, e *Seg. Lin.* to. 3 pag. 156 e seguintes.
(3) *Provar que he aggravado.*
Phœbo no *Aresto* 74 diz, que não assistindo ambos os Avaliadores á avaliação das peças, *simul*, são as partilhas nullas. Barbosa no *com.* respectivo.
Vide sobre as nomeações dos Avaliadores T. de Freitas—*Consol.* notas aos arts. 1152 e 1193.
(4) *Damficado em a sexta parte.*
Almeida e Sousa nas *Obrig.* § 710 diz o seguinte:
« Nesta hypothese admitte a nossa Ord. do liv. 4 t. 96 § 18, 19 e 20 lesão na sexta parte dentro de um anno (hypothese em que ella verdadeiramente falla); declarando que «a *sexta parte* se entenderá respectivamente a todo o quinhão do herdeiro, que allegar o dito engano.» Ella por tanto, passado o anno, não exclue a lesão enorme ou enormissima, que geralmente tem lugar em todos os contractos, e transacções (quaes as partilhas entre co-herdeiros). Ord. do liv. 4 t. 96 § 18 Assim com effeito o entendem os nossos, com os quaes Guerreiro—*de Division.* liv. 8 cap. 5. »
E no § 711 accrescenta:
« A maior duvida consiste se a dita Ord. que admitte lesão na sexta parte, e dentro do anno procede somente quando a partilha he feita *judicialmente*, ou quando *extrajudicialmente*, mas por Louvados, em que se compromettão os co-herdeiros, ou se procede tambem quando os co-herdeiros mesmo *sem Louvados* fazem entre si amigavel, e extrajudicialmente a partilha, ficando uns correntes, outros com aquelles bens.
« Solano na *Cogit.* 12 n. 32 depois de ponderar as nossas Ords. vem a concluir que a lesão na sexta parte só he attendivel no primeiro caso de ser a partilha judicial, ou extrajudicialmeute feita por Louvados; mas não no segundo caso, quando pelos co-herdeiros entre si; caso em que diz não procede a citada Ord., e que só uma tal partilha fica sujeita á lesão enorme, ou enormissima. »
Com o que tambem concorda Valasco—*de Partit.* cap. 39 n. 9 e 10, e *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 910.
Almeida e Sousa contestando a opinião de Solano e de outros analysa os §§ 18, 19 e 20 desta Ord., e mostra que o Legislador comprehendêra tanto umas, como outras partilhas, e diz no § 716:

« No § 20 comprehendendo ambos os casos de ser a partilha judicial ou extrajudicial, e ambas as especies de lesão, ou *enorme* de que havia fallado no § 18, ou na *sexta parte*, de que tratou no § 19, dá uma norma impreterivel de que a sexta parte se entenderá respectivamente a todo o quinhão do herdeiro, que se diz *leso.* »
No scholio accrescenta:
«Bem reflectido o § 19 se conhece que seguio á letra a L. 3 cod *communi utriusque judic.*, de que ainda nesse tempo se não havião descoberto as duvidas, que depois suscitárão os Doutores (§ 710, 711 e 712); e só limitou a hum anno o tempo de arguir a lesão modica, *ad instar* dos casos figurados na Ord. liv. 3. t. 17 § 5 e 6.
« Em quanto a Ord. diz, *perante o Juiz das partilhas*, suppõe terem-se feito judicialmente como no primeiro caso figurado no § 18. Em quanto diz, *ou perante qualquer outro Julgador*, etc. suppõe o caso de serem extrajudiciaes as partilhas de que o leso se queixa, recebendo a Ord. dito § 19 nesta parte illustração com a Ord. liv 3 t. 78 § 2, aonde da partilha extrajudicial (pois esta Ord. na rubrica trata—*dos autos, que se fazem fora do Juizo*—) feita por Louvados a aprasimento das partes se *permitte recurso ao Juiz da Terra* para corrigir o erro, lesão, etc.
« Tambem recebe illustração com a Ord. liv. 4 t. 1 § 2, em que se trata de outro semelhante acto extrajudicial lesivo, e com a questão *de qua*, Guerreiro *com.* á Ord. pag. 32.
« Finalmente as palavras *estando em outra parte*, etc., recebem illustração da Ord. liv. 3 t. 17 § 5. De forma que, como a Lei prescreve o anno para se *reclamar* a partilha lesiva na sexta parte na falta de Juiz da Terra, permitte a reclamação dentro do anno *em outra parte*, aonde estiver o co-herdeiro reclamante, para que assim lhe não passe o anno legal, mostrando instrumento de que, lá onde estava, reclamou.
« Em consequencia de tudo, sem embargo dos Doutores citados na nota ao § 710, devemos seguir a opinião de Coccey, e outros (§§ 711 e 712), porque foi a que abraçou a nossa Lei.
« E que ainda que as partilhas extrajudiciaes sejão feitas sem Arbitradores, e só entre as partes, tem lugar a lesão na sexta parte dentro do anno. Vejão-se o *Rep. das Ords.* na conclusão—Partilha, em que alguem foi leso, Valasco—*de Partit.* cap. 39 n. 15 e 16, Mello Freire liv. 3 t. 12 § 14, nota.
« E se forem feitas por Arbitradores, ainda que extrajudicialmente, he sem duvida, combinado o dito § 19 com o liv. 3 t. 17 § 5 e 6, t. 78 § 2, e liv. 4 t. 1 § 1, que se supprem umas com outras, como diz Silva *com.* á Ord. liv. 3 t. 78 § 2, e liv. 4 t. 1 § 1 a n 30.
« Com effeito, que tal distincção (*de qua* § 710) se não póde admittir neste Reino o resolve, segundo a generalidade da Ord., o Repertorio *supra.* »

(1) *Herdeiros lhe comporão.*
Vide Ord. deste tit. § 18 nota (1) desta pagina.
Almeida e Sousa nas *Obrig.* § 726 scholio exprime-se desta sorte quanto á palavra *compor*:
« Ainda me faz duvida a palavra *compor*, com que a Lei se explica. Se esta composição ou indemnisação deve ser com dinheiro, ou com bens? Aqui não se trata de compra, e venda voluntaria, em que a Ord. liv. 4 t. 13 § 1 manda fazer em dinheiro a composição do justo preço. Trata-se de partilhas de bens communs, em que um co-herdeiro ficou diminuto, ficando os outros melhorados em bens.
« Por tanto, e como a Ord. liv. 4 t. 11 obsta a que o co-herdeiro leso seja obrigado vender a dinheiro a parte dos bens em que foi leso, e que deve compor-se-lhe, parece que se deve a lesão compor com bens pelos mais co-herdeiros.
« Accresce que qualquer reposição, que se deva fazer a co-herdeiros deve ser em bens, e não em dinheiro, Guerreiro — *Forens.* q. 100. Sem que neste caso seja praticavel a eleição de que trata Guerreiro — *Tract.*

anno (1), contado do dia que a partilha se acabou (2), perante o Juiz das partilhas (3), ou perante outro qualquer Julgador (4), stando em outra parte (5), tomando disso instrumento publico (6).

M.—liv. 4 t. 77 § 30.
L. de 18 de Novembro de 1577 § 38.

20. E quando o herdeiro allegar, que foi enganado na sexta parte, ou além da ametade do que justamente lhe pertencia haver, como acima dito he, a sexta parte se entenderá (7) respectivamente a todo o quinhão do herdeiro, que allegar o dito engano (1).

L. de 18 de Novembro de 1577 § 39.

21. E o que dito he, se deve entender, quando todos forem de perfeita idade (2); porque, se algum daquelles, entre os quaes fôr feita a partilha, não forem de idade cumprida de vinte e cinco annos (3), e se acharem depois enganados nella (4), podel-a-hão, se

---

2 liv. 8 cap. 5, *in fine*, porque resiste expressamente a citada Ord. dito § 18. Ordenação que parece seguio a opinião, que segue Coccey—*Jus Controv.* liv. 10 t. 2 q. 10 por deducção do liv. 3, Cod. *communs utriusque judic.* »

Sobre a apuração, e verificação da lesão da sexta parte, veja-se a nota (7) *infra* ao § 20 deste titulo.

(1) *Até hum anno.*

Estando dentro deste praso que se conta do final julgamento da partilha, a praxe tem admittido oppor embargos para a reforma das mesmas partilhas.

Almeida e Sousa nas *Obrig.* § 717 diz o seguinte:

« Porem passado o anno não se pode jamais allegar a lesão da sexta parte, nem ainda por via de excepção (Pereira— *de Manu Regia* cap. 24 n. 4 versic. — *Non obstabit*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* na conclusão—*Lesão* na sexta parte se pode allegar, e Guerreiro—*de Division.* liv. 8 cap. 5 n. 23, etc.).

« Dentro do anno legal podem os que ficárão *lesos* nas partilhas judiciaes ou extrajudiciaes propôr a lesão na sexta parte por via de acção; ou se forão feitas por Louvados, pela via que permitte a Ord. do liv. 3 t. 17 § 5 e t. 78 § 2, e liv. 4 t. 1 § 1 e t. 96 § 19.

« E isto por mais que renunciassem toda e qualquer lesão; porque neste Reino não pode renunciar-se lesão (Ord. do liv. 4 t. 13 § 9); nem tão pouco se pode renunciar a faculdade de requerer que o arbitramento de Louvados lesivo na sexta parte (que he a *lesão legal*) se redusa á melhor arbitrio. »

Consulte-se ainda os § 718 e seguintes sobre esta materia, pois todo o cap. 7 das *Obrig.* he o melhor *com.* dos §§ 18, 19 e 20 da presente Ord.

(2) Refere-se ao dia final do julgamento das partilhas.

(3) *Juiz das partilhas.*

Vide nota (5) ao § 12, e mais adiante no § 25 deste titulo.

(4) *Outro qualquer Julgador.*

Vide nota (4) *supra* á este §.

(5) *Stando em outra parte.*

Vide nota (4) *supra* a este §.

(6) *Instrumento publico*, i. e., sentença, ou protesto, etc.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Phœbo—*Aresto* 74, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) á pag. 363, e nota (*a*) á pag. 910, Mello Freire — *Inst.* liv. 1 t. 2 § 22 e liv. 3 t. 12 § 14, e Almeida e Sousa — *Execuç.* pag. 323, *Notas á Mello* to. 1 pag. 58, to. 2 pag. 113, e to. 3 pag. 234 e 520, e *Obrig.* pag. 98, 436, 441 e 444.

(7) *A sexta parte se entenderá.*

Almeida e Sousa nas *Obrig.* § 718, observa o seguinte sobre o modo de computar esta lesão:

« Apurar-se porém, verificar-se, e computar-se esta lesão na sexta parte, he difficultosissimo no nosso Reino reflectidas as palavras da Ord. liv. 4 t. 96 § 20 ibi: « E quando o herdeiro allegar que foi enganado na sexta parte, ou alem da ametade do que justamente lhe pertencia haver, a sexta parte se entenderá respectivamente a todo o quinhão do herdeiro, que allegar o dito engano. »

« A razão desta Lei he porque póde ser que se o co-herdeiro he leso em huma peça movel ou de raiz, com que ficou em preço supremo, póde ser que essa diminuição lhe fique compensada com outra peça estimada em preço inferior ao justo; e supposta a possibilidade desta compensação por isso he que a lesão se deve attender; não com respeito a huma particular peça das que sé adjudicárão ao co-herdeiro, que se diz leso, mas com respeito a todo o seu quinhão. Bem como quando se vendem muitas cousas por hum só preço, ainda que particularmente estimadas, se deve computar a lesão com respeito ao todo, e não basta que se mostre a diminuição a respeito de huma só.

« Veja-se Valasco— *de Partit.* cap. 9 n. 46 e cap. 39 n. 28, que seguem Guerreiro — *Tract.* 1 liv. 2 cap. 1, n. 43, e Silva —*com.* á Ord. liv. 3 t. 17 § 6 n. 4.

No scholio observa mais:

« Assim praticamente para ser applicavel a Lei com esta razão, e intelligencia, he necessario que o co-herdeiro, que se queixa leso, proponha, e prove o justo, e commum valor de todos os predios, que lhe forão adjudicados, e de cada hum em particular, para vir a demonstrar que pertencendo-lhe pela somma geral da herança, v. g., doze mil cruzados, todos os predios, que se lhe adjudicárão valem apenas dez; e para em consequencia concluir lesão na sexta parte, deve juntamente mostrar que os predios, ou peças adjudicadas aos mais co-herdeiros, prefazem, ou excedem a sua respectiva somma, que lhe pertence pela partilha, e repartição geral sem falta alguma. Só assim se applica a Lei ao facto.

« Mas eu confesso que esta demonstração he penosa, e difficil, e que raras vezes tenho visto desempenhada; porque sempre varião os testemunhos dos homens, e arbitrios dos Louvados, e entretanto na duvida prevalece a presumpção da justiça da primeira avaliação exclusiva da lesão.

« A Ord., dito § 19, assim o presuppõe, e por isso requer prova da lesão, *ut ibi*: « E provar que he aggravado, e damnificado em a sexta parte (junto o § 20 ibi), respectivamente a todo o quinhão do herdeiro. » Porque com effeito a lesão não se presume, e toda a presumpção assiste aos primeiros Arbitradores, de que arbitrárão com justiça. »

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) a pag. 248, to. 3 nota (*b*) a pag. 910 e to. 4 nota (*b*) a pag. 665, Valasco—*de Partit.* cap. 33 de n. 17 em diante, e Almeida e Sousa —*Notas á Mello* to. 3 pag. 520, e *Obrig.* pag. 436.

(2) *Perfeita idade*, i. e., idade completa.

(3) *Idade cumprida de vinte e cinco annos.*

Vide nota (1) á Ord. do liv. 3 tit. 42 pr.

(4) *Depois enganados nella.*

O caso deste e dos precedentes paragraphos, não se refere a bens *soneyados*, por quanto ácerca destes outro he o Direito (Ord. do liv. 1 t. 88 § 9).

He controverso se a pena de *soneyados* tem lugar somente entre inventarios de menores, ou se tambem nos de maiores. A este respeito já alguma cousa dissemos na nota (5) á Ord. do liv. 1 t. 88 § 9, sustentando a affirmativa.

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 496 scholio citando Almeida e Sousa—*Obrig.* § 733 que defende a negativa, e Gama e Valasco que lhe são oppostos, não se pronuncia por nenhum, não obstante allegar o primeiro Jurista, ser praxe a opinião que sustenta.

« Para escapar á pena de *sonegados*, diz Coelho da Rocha no cit. scholio, costuma o cabeça de casal assignar no inventario, o *protesto* de a todo o tempo dar a descripta outros quaesquer bens, que lhe venhão á noticia: e os co-herdeiros, para lhe poderem arguir o dolo, costumão lembrar-lh'os, juntando uma relação dos que julgão omittidos. »

T. de Freitas na *Consol.* art. 1155 nota diz o seguinte:

quizerem, desfazer per remedio da restituição(1), que per nossas Ordenações e Direito (2) lhes he outorgado (3).

M.—liv. 4 t. 77 § 31.

22. E sendo a partilha acabada, se metterão os herdeiros de posse dos seus quinhões, conforme as cartas de partilha (4), que lhe forem passadas, sem embargo de quaesquer embargos (5), com que as outras partes a isso venham. Nem se impedirá a dita posse e entrega, postoque as ditas partes appellem(1), ou aggravem(2) das ditas partilhas (3).

L. de 18 de Novembro de 1577 § 37.

23. E os aforamentos perpetuos que algumas pessòas tomam para si e seus herdeiros e successores sempre se hão de partir per estimação entre os filhos (4) ou herdeiros do defuncto, por cuja morte ficaram os bens aforados. E porque os taes bens, segundo a natureza dos fóros, não se hão de partir, e hão de andar em huma só pessoa, mandamos que se encabecem em hum dos herdeiros (5), em que se todos, ou a mór parte delles concordarem do dia, que se o foreiro finar, até seis mezes (6).

E o que assi os houver, pagará a estimação aos outros herdeiros, a cada hum seu quinhão, e a pensão ao senhorio, segundo, fórma do contracto. E não se accordando sejam obrigados vender os ditos bens aforados dentro de seis mezes, requerendo

---

« Ord. do liv. 1 t. 89 § 9. *Para os menores*, e dahi nasce a duvida de proceder esta Ord. nos inventarios entre maiores. Divergem os Praxistas, e tem igualmente divergido os Arestos. »

(1) *Per remedio da restituição*, i. e., o beneficio de restituição.

Por este remedio pode o menor lesado na sexta parte desfazer e renovar a partilha, quatro annos depois de chegar á idade maior; ao inverso dos herdeiros maiores, que só podem compor a partilha.

Vide Ord. do liv. 3 t. 49 e §§, e liv. 4 t. 79 § 2.

(2) *Direito*, i. e., Romano.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep. das Ords* to 3 nota (*b*) a pag. 525, e nota (*a*) a pag. 911, e to. 4 nota (*c*) a pag. 848, e Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 13 § 8.

(4) *Cartas de partilha*, i. e., formaes de partilhas.

Estas cartas tem força de sentença.

T. de Freitas na *Consol.* art. 1185 nota, observa a seguinte:

« As sentenças de partilhas feitas em paiz estrangeiro não são exequiveis no Imperio sem permissão do Governo Imperial. Av. do 1º de Outubro de 1847, D. n. 2850—de 5 de Fevereiro de 1859 art. 4 § 1 e Av. n. 95—de 20 de Abril de 1849. »

Perdigão Malheiro no *Manual do Procurador dos Feitos* tratando das sentenças proferidas em paiz estrangeiro, e de sua execução no Imperio, pondera o seguinte no § 707 e nota 1428:

« Aquella prohibição deve-se estender mesmo ás sentenças de partilhas; porque nestas não ha sómente um acto voluntario dos interessados, nem intervenção méramente officiosa da authoridade; ella conhece de todas as questões que se suscitem, e as decide até por via contenciosa. Demais, procede como authoridade; de tal modo que sem a sua intervenção o acto não he perfeito e acabado.

«Accresce que, não sendo identicas as Leis que regulão as successões nos diversos Estados, devendo o acto conformar-se quanto á materia com a Legislação do Paiz onde tem de ser executado, he o principio internacional o seguinte: *tantos são os patrimonios a partir, quantos os differentes territorios em que estejão os bens* (quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur).

«Entre nós assim tem já sido decidido pelo Tribunal do Thesouro, não admittindo como legaes os formaes de partilha vindos do estrangeiro (Officio de 23 de Janeiro de 1857 sobre reclamação de D. Julia Flavia de Moura e Silva; de 17 de Março de 1858, sobre a de Miguel Boaventura da Silva Rangel; e outros.)

«E de tal modo, que os proprios Tribunaes Judiciarios tem repellido até as precatorias para a avaliação dos bens para inventarios no Estrangeiro, sanccionando aquelle principio, consagrado em these nos Avs. de 1847 e 1849 já cit. (Acc. da Rel. da Côrte de 20 de Junho de 1856, que confirmou o despacho do Juiz da Provedoria, em precatoria vinda de Portugal a requerimento de D. Violante Ribeiro da Fonseca, mãi e herdeira de Manoel Pinto da Fonseca).»

(5) *Sem embargo de quaesquer embargos.*

Barbosa no *com.* n. 1 diz que esta disposição mantem-se ainda que os embargos se offereção antes da entrega do formal, e que assim vio-o julgado em 1598 na Casa do Porto, contra duas sentenças anteriormente proferidas na mesma Relação.

Vide tambem Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to 2 nota (*a*) a pag. 226.

Mas accrescenta: se os embargos forem de restituição *in integrum*, impedem a execução do formal, e nesta parte he limitada a presente Ord., em vista do que diz Valasco—*de Partit.* cap. 39 n. 44 e segs., e *Cons.* 112 de n. 6 em diante, supposto o contrario fosse julgado em 1597 na Casa da Supplicação.

Esta doutrina da Supplicação continuou a sustentar-se como declara Phœbo no *Aresto* 77 e Mendes de Castro—*in Praxi* liv. 4 cap. 3 n. 9.

Vide Ag. Barbosa—*Castigat.* n. 314, o qual no n. 313 declara que nos casos desta Ord. não se observa a do liv. 3 t. 86 § 4, quanto á caução que deve prestar o A. nos embargos do réo, quando este deposita dinheiro.

(1) *As ditas partes appellem.*

A appellação nestes casos he no effeito devolutivo.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 168 refere uma nota do Dez. Oliveira em que se apontão casos de suspensões de execução de formaes de partilhas, por Consultas do Desembargo do Paço: o que hoje não pode ter lugar em vista da L. de 22 de Setembro de 1828.

(2) *Ou aggravem.*

Este aggravo hoje não tem lugar, visto o art. 18 do Dec. n. 143—de 15 de Março de 1842.

(3) Vide Ord. deste liv. t. 54 § 1, Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 108, to 2 nota (*a*) a pag. 226, e nota (*c*) a pag. 273, e to. 3 nota (*b*) a pag. 911, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 12 § 14 e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 400, *Execuç.* pag. 26, 199 e 241, *Fascic.* to. 1 pag. 95, *Dir. Emphy.* to. 3 pag. 142 e 148, *Seg. Lin.* to. 2 pag. 115 e 345, *Notas à Mello* to. 2 pag. 311, to. 3 pag. 517 e 525, e *Obrig.* pag. 444, 445, 446, 447, 466 e 467.

(4) *Per estimação entre os filhos.*

O Alv. de 6 de Março de 1669 determinou que a repartição dos Prazos se faça por estimação, ainda naquellas partes, em que havia uso contrario.

A este respeito observa Corrêa Telles na *Interp.* § 96 o seguinte:

« O Alv. de 6 de Março de 1669 em favor dos Senhorios dos Prazos prohibio que estes se partissem de outro modo, que não fosse o determinado pela Ord. do liv. 4 t. 36 § 1 e t. 96 § 23. He por tanto consequencia necessaria: 1º—que a divisão do Prazo por outro modo feita pode ser annullada pelo Senhorio: 2º—que este pode consentir, que se faça a divisão, que a Lei prohibe, renunciando o beneficio da Lei nos cásos, em que isto lhe não he prohibido. »

(5) A este herdeiro se chama—*Cabecel.*

(6) *Até seis mezes.*

Vide Ord. deste tit. § 5 nota (1) e § 24 no principio, e deste liv. t. 36 § 7, assim como a nota (3) á Ord. deste liv. t. 38 pr. a pag. 817.

primeiro o senhorio (1), se os quer tanto por tanto. E o que comprar o dito fôro (2), pagará a pensão ao senhorio, e os herdeiros partirão entre si o preço, que assi houverem da venda, segundo forem herdeiros. E passados os seis mezes, sem o encabeçarem em algum delles, ou venderem, mandamos que o fôro seja devoluto ao senhorio (3), se o elle quizer (4).

M.—liv. 4 t. 77 § 35.

24. E quando o marido, ou mulher, ou cada hum delles, sendo já casados per carta de ametade, tomarem algum aforamento em perpetuo, per quaesquer palavras, que no contracto forem postas, serão ambos meeiros no aforamento (5), e por morte de cada hum delles se partirá per estimação entre o que vivo ficar, e os herdeiros do que fallecer, segundo dissemos no paragrapho precedente.

E se antes que cada hum delles casasse, tivesse o tal aforamento em perpetuo(6), e depois casasse, partir-se-ha entre o que vivo ficar, e os herdeiros do defuncto, per estimação, ficando sempre o aforamento encabeçado no que o tinha, antes que casasse, ou em cada hum de seus herdeiros.

Porém, se no contracto do aforamento, que foi feito antes que casasse, fôr conteúdo, que o aforamento he dado para aquelle, a que foi dado, e para seus filhos, ou para seus filhos e seus descendentes, sem fazer menção de herdeiros e successores, ou de herdeiros, ou successores, não se partirá o tal aforamento, nem a estimação delle por morte de cada hum delles entre o que vivo ficar, e os herdeiros do que fallecer, mas ficará precipuo (1) com o que antes o tinha, ou seus herdeiros. E quanto aos que casarem per dote e arras, guardar-se-ha o que entre elles fôr accordado (2).

M.—liv. 4 t. 77 § 36.

25. E vindo alguma das partes com suspeição ao Juiz das partilhas (3), sendo na cidade de Lisboa, o Juiz dos Orfãos, ou outro Julgador, a que a suspeição se pozer, tomará por Adjunto (4) para o ajudar a proceder, e para determinação das duvidas, outro Juiz dos Orfãos da mesma Cidade, ao qual se não poderá pôr suspeição alguma; e nos outros lugares do Reino, quando fôr posta suspeição aos Juizes dos Orfãos, ou a outros Julgadores, a que algumas partilhas forem commettidas, ou as fizerem por razão de seus Officios, tomará cada hum delles por Adjunto o Juiz de Fóra, se o no lugar houver, e não o havendo, tomará hum dos Juizes Ordinarios, que seja mais sem suspeita.

E sendo o Juiz de Fóra juntamente Juiz

---

(1) *Requerendo primeiro ao Senhorio.*

He o direito de *prelação* ou *protimeseos* que compete ao senhorio (Ord. deste liv. t. 11 § 3 e t. 38 pr.).

Nestes casos he indispensavel a notificação judicial, se o senhorio extrajudicialmente avisado se porta com inacção, não optando, e nem prestando o seu consentimento.

Vide notas (2) e (3) á Ord. deste liv. t. 38 pr. pag. 817.

(2) *E o que comprar o dito fôro.*

Vendendo-se em hasta publica o praso, preferirá sempre o herdeiro ou consocio, tanto por tanto (Silva Pereira—*Rep. das Ords*, to. 1 nota (*a*) a pag. 64 e Ord. deste tit. § 5 nota (1)—).

(3) *Seja devoluto ao Senhorio.*

Esta devolução não tinha lugar nos bens da Corôa ou reguengos. O Praso repartia-se por todos os herdeiros, e estes elegião o *Cabeçel* ou *Cabecceiro*, que cobrava de todos a sua quota dos fóros, e pagava ao Thezouro (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 65).

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* nos lugares supra notados, e to. 2 nota (*d*) á pag. 911, e nota (*a*) á pag. 912, Mello Freire—*Inst.* livi. 3 t. 11 § 8, 16, 17, 20 e 22, e Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 1 pag. 95 e to. 3 pag. 85, 86, e 93, *Dir. Emphy.* to. 1 pag. 8, 199, 351 e 355, to. 2 pag. 148 e to. 3 pag. 142 e 148, *Interdictos* pag. 151, *Notas á Mello* to. 2 pag. 364, e to. 3 pag. 512.

(5) *Meeiros no aforamento*

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 66 diz, que desta Ord. se julgou que o marido, *inconsulta uxore*, pode adquirir o Praso, e sujeitar a mulher ao pagamento da pensão ou fôro.

(6) *Aforamento em perpetuo.*

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords*, to. 1 nota (*c*) á pag. 288.

(1) *Ficará precipuo*, i. e., livre de traser á collação.

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Valasco—*de Partit.* cap. 26 de n. 4 em diante, Silva Pereira—*Rep. das Ords.*, to. 3 nota (*a*) á pag. 436, e nota (*b*) á pag. 912, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 20, e 22, e Almeida e Souza—*Dir. Emphy.* to. 1 pag. 351, e to, 3 pag. 142 e 148, *Notas à Mello* to. 2 pag. 311, 342, 361 e 509, e *Obrig.* pag. 442.

(3) *Suspeição ao Juiz das partilhas.*

Vide nota infra.

(4) *Tomará por Adjunto.*

O Av. n. 522—de 20 de Outubro de 1837 declarou que neste caso se deverá observar o seguinte:

1º—Quando fôr suspeito o Juiz dos Orfãos, poderá tomar por *Adjunto* o Juiz Municipal do respectivo Termo, ou o Juiz de Direito, se no mesmo Termo se achar.

2º—Quando o suspeito fôr o Juiz Municipal, ou o Juiz de Direito, deverá qualquer delles tomar por Adjunto o Juiz de Orfãos do Termo, não podendo ser o Juiz Municipal Adjunto do Juiz de Direito, nem vice-versa, visto que já conforme o direito ambos devem intervir no processo, sendo um o preparador, e o outro o Julgador a final.»

O Av. n. 400—de 24 de Setembro, de 1838 declarou que quando o Juiz de Orfãos *se der* de suspeito, não procede a presente Ord., nem o Av. n. 522—de 1837 por ser só relativa no caso *de vir* alguma das partes com suspeição, por se evitar no processo summario dos inventarios e partilhas a demora do incidente, devendo na questão em vez *de dar-se* o Juiz por suspeito, observar-se as disposições dos Avs. de 11 de Novembro de 1833, e de 14 de Junho de 1834, o que está de accordo com as disposições da Ord. do liv. 1 t. 97 § 8, e liv. 3 t. 24 § 1.

Os Avs. de 1833 e 1834 declarão que as Camaras Municipaes nestes casos nomearão Juises especiaes para estes impedimentos.

O Av. n. 382—de 4 de Setembro de 1861 declarou que quando o Juiz de Orphãos estiver unido ao Municipal, sendo averbado de suspeito, deve ser chamado para Adjunto o supplente do mesmo Juiz, emquanto não se tomar providencia alguma legislativa, visto como a hypothese de que se tratava era quasi litteralmente a figurada na presente Ord. *in fine*, a qual manda ao Juiz da Partilha tomar por Adjunto um dos Vereadores do lugar, que seja sem suspeita, disposição esta firmada na razão de serem os Vereadores substitutos immediatos dos Juizes de Fóra e Ordinarios.

dos Orfãos, tomará por Adjunto (1) hum dos Vereadores do tal lugar, que seja mais sem suspeita (2). E huns e outros procederão nas ditas partilhas com os ditos Adjuntos, até de todo se acabarem, sem aos ditos Adjuntos se poder pôr suspeição alguma (3).

L. de 18 de Novembro de 1577 § 41.

TITULO XCVII.

Das Collações (4).

Se o pai, ou mãi, ou ambos juntamente derem alguma cousa movel, ou de raiz a algum de seus filhos (1), quer em casamento (2), quer em outra qualquer manei-

---

(1) *Tomará por Adjunto.*

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 204, e to. 4 nota (*b*) á pag. 718 transcreve a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa :

« He estylo pedir a párte ao Regedor lhe nomeie Adjunto ; e vi já nomear á um Juiz do Civel, e á um Corregedor do Civel para desempatar ; *sed non sequendum.* »

E *quid* se o Juiz averbado e o Adjunto discordarem ?

Vide Guerreiro—*de Recusat.* liv. 5 cap. 10 n. 8.

(2) Vide na nota precedente o Av. n. 382—de 4 de Setembro de 1861.

Por D. n. 1.676—de 14 de Novembro de 1855 se declarou que, nos casos de suspeição posta ao Juiz de Orphãos da Côrte, sirvão de Adjuntos, conforme a presente Ord., em primeiro lugar o Juiz de Direito da primeira Vara Criminal, e em segundo, o Juiz de Direito da segunda Vara Crime.

(3) *Sem aos ditos Adjuntos se poder pôr suspeição alguma.*

Guerreiro—*de Recusat.* liv. 5 cap. 9 de n. 12 á 14, 30 e 31 sustenta que a Ord. refere-se a suspeição frivola, mas Cordeiro—*Dub.* 18 de n. 32 em diante, com mais fundamento defende o contrario, i. e., nenhuma suspeição exclúe.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 204, e to. 4 notas (*b*) á pag. 718, e Almeida e Souza — *Seg. Lin.* to. 1 pag. 162.

(4) *Collação*, diz Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 478, he a reposição, que os filhos fazem á massa da herança, dos bens, que receberão de seus pais em vida destes, para entrarem em cumulo nas partilhas (Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 12 § 12).

« O fim da *Collação*, continúa o mesmo Jurista, he a conservação da igualdade do direito, que a natureza e as leis dão á todos os filhos relativamente aos bens dos pais, deixando á estes *apenas livre* a disposição da *terça*.

« Os bens conferidos fazem cumulo para as *legitimas*, mas não para a *terça* (§ 350) »

« Esta doutrina, diz no scholio, acha-se, ainda que mui confusa, na Ord. do liv. 4 t. 97, tirada pela maior parte do Direito Romano ; é extensamente tratada pelos Praxistas conjunctamente com a das partilhas. Deve principalmente consultar-se Valasco—*de Partit. et collat.* »

Diz ainda no § 479 ;

« A collação tem lugar tão sómente entre os filhos e mais descendentes. Por tanto não são obrigados á collação :

1—Os ascendentes, cujo direito á legitima, fundado só na gratidão e reconhecimento, não he tão rigoroso, como o dos filhos (Gomes— ad. L. 29 *Tauri* n. 9).

2—Nem os collateraes.

3—Nem os estranhos.

4—Nem os filhos naturaes e espurios ; excepto nos casos, em que pela Lei são chamados á successão (Lobão á Mello—*cit. not.* n. 10 e 15, e *Obrig. recip.* § 613). »

No scholio accrescenta :

« O Codigo Civil Francez no art. 843 estabelece a collação entre todos os herdeiros, ou sejão em linha recta, ou collateral.

« Não se deve porém confundir a collação, de que aqui tratamos, com as reposições, que os conjuges devem fazer á communião, de que fallamos no § 250. »

No § 350 supracitado explica o mesmo Jurista a computação especial dos bens do Testador ou defuncto no caso de collações desta forma :

« A *terça* computa-se *sempre* unicamente com relação á somma dos bens existentes no tempo do fallecimento do defuncto, por que sómente estes constituem a *herança* propriamente dita. Por tanto as collações, que os filhos e descendentes fazem, dos bens, que receberão de seus pais, contão-se juntamente com as duas partes dos bens existentes, para o computo da *legitima* : mas não para a terça. Lobão—*Acç. Sum.* to. 3 diss. 6 § 1, 2 e segs., Valasco—*de Partit.* cap. 10 n. 6, e Gama—*Dec.* 33.

« E por isso tambem os legatarios, ou sejão por titulo universal, ou singular, como não podem receber mais do que a *terça*, nada podem com este fundamento repetir dos bens conferidos.

« Se os bens existentes são todos absorvidos pelas dividas, mas ha doações conferiveis, estas formão a massa das legitimas, e neste caso não ha *terça*.

Vide mais adiante notas do § 3, e Barbosa no respectivo *com.*

Carvalho no *Proc. Orphan.* cap. 9 nota 108 diz o seguinte :

« A *Collação*, inteiramente desconhecida pelas leis das *doze Taboas*, deve a sua origem á um Edicto Pretorio.

« Parecêo injusto que os filhos emancipados conservassem tudo aquillo, que tinhão adquirido, no mesmo tempo que os outros adquirião tudo para seus Pais. Para se igualar a condição de todos determinou o Pretor, que os emancipados não podessem ntrar na herança de seus Pais com os outros filhos, sem trazerem á collação todas as suas adquisições.

« Ao principio porem só tinha lugar a Collação concorrendo á herança os filhos emancipados com aquelles, que estavão ainda debaixo do patrio poder ; e erão objecto della todos os bens, á excepção dos castrenses, e quasi-castrenses (L. 1 § 5 e 6, e L. 2 ff. *de collationibus*).

« Alterou-se esta Legislação pelo tempo adiante determinando-se que todos os descendentes fossem indistinctamente obrigados a conferir, mas que nenhuns outros bens, alem dos *profecticios*, fossem objecto da Collação (L. 17 e 19, Cod. *de collat.* e Nov. 18 cap. 6).

(1) *Algum de seus filhos.*

Vide nota precedente.

Almeida e Sousa nas *Obrig.* § 603 diz o seguinte:

« He praticavel (*a Collação*) entre os filhos, que sejão, e queirão ser herdeiros dos defunctos pais, ou os filhos sejão machos ou femeas ; ou herdeiros seus ou emancipados ; ou instituidos igual ou desigualmente ; ou concorrão com irmãos vivos, ou com algum posthumo, que ainda exista no ventre da mãe; ou sejão todos de legitimo matrimonio, ou legitimados *per subsequens* ; ou sejão naturaes de peão, concorrendo entre si, ou com os legitimos de peão, (Ord. do liv. 4 t. 92) ; ou sejão naturaes successiveis ás mães. »

Na nota (*e*) accrescenta :

« Mas he impraticavel a collação entre filhos legitimados, os quaes não devem conferir o que o pai em particular havia dado á algum delles (Pegas—*com.* to. 2 pag. 46 n. 114, Guerreiro — *de Division.* liv. 2 cap. 11 n. 22, Valasco—*de Partit.* cap. 12 n. 40 e 41 e Caldas—*in L. si Curatorem*, verbo—*sine Curatore* n. 55).

«A menos que o Pai não determine o contrario (Pegas na obra supra citada, no versic.—*nisi id pater expresse disposuerit.* »

Vide Carvalho —*Proc. Orphan.* cap. 9 nota 110.

(2) *Quer em casamento.*

Refere-se aos dotes. Vide nota infra ao § 3 deste titulo, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (a) á pag. 200.

ra (1), será obrigado tornar tudo á collação(2) aos outros seus irmãos depois da morte do pai ou mãi (1), que fizeram a doação, com as novidades(2), que os bens, que assi tiver em seu poder(3), e trouxer á collação, rende-

---

O Ass. de 21 de Junho de 1797 declarou que devião ser insinuados os dotes *profecticios*, e quaesquer doações feitas pelos Pais aos filhos, tanto de bens allodiaes, como de Prasos; estes porém, no excesso das legitimas, ou das quantias da Lei, sendo logo transferidos sem reserva de usofructo.

(1) *Quer em outra qualquer maneira.*

Segundo os Praxistas, principalmente Valasco e Guerreiro, os bens que se devem conferir são os seguintes:

1.—Todas e quaesquer doações feitas pelos Pais tanto para o matrimonio, como para qualquer outro fim (Valasco—de *Partit.* cap. 13 n. 13, e Guerreiro—*de Division*, liv. 2 cap. 10 n. 23).

2.—As doações feitas pelos parentes, ou estranhos, em remuneração dos serviços dos Pais, ou em sua particular contemplação (Ord. deste liv. § 21, Valasco—*de Partit.* cap. 13 n. 4 e 5, e Guerreiro—*de Division.* liv. 2 cap. 10 n. 9),

3.—Os vestidos, os ornatos dados pelos mesmos Pais na occasião das nupcias (Valasco — *de Partit.* cap. 13 n. 52, e Guerreiro—*de Division.* liv. 2 cap. 10 n. 31).

4.—A importancia da condemnação, que o Pai pagou pelo filho, e as despezas do livramento (Molina—*de Just.* tract. 2 disp. 240, e Guerreiro—*de Division.* liv. 2 cap. 10 n. 35).

5.—A importancia do officio comprado para o filho com dinheiro do pai (Valasco—*de Partit.* cap. 13 n 62 e Guerreiro—*de Division.* liv. 2 cap. 10 n. 39).

6.—As despesas feitas na Bulla Pontificia para se conseguir o Beneficio Ecclesiastico, ou para se poder celebrar o matrimonio(Valasco—*de Partit.* cap. 13 n. 75, e Guerreiro—*de Devision.* liv. 2 cap. 10 n. 43, e Gama—*Dec.* 308 n. 15).

7.—Os Prasos fateusins, e quaesquer outros, quando o Pai em sua vida transferio a posse delles no filho (Ord. deste liv. § 22, Gama — *Dec.* 50, Valasco — *de Partit.* cap. 13 n. 126, Pinheiro—*de Jure Emphy.* disp. 5 sect. 2, § 3 n. 23).

8.—As bemfeitorias dos Vinculos, e dos Prasos e o preço porque estes forão comprados (Ord. deste tit. § 22, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 22, Pinheiro—*de Jure Emphy.* disp. 5 sect. 2 § 3 n. 31, e Guerreiro—*de Division.* liv. 2 cap. 10 n. 50).

9.—O excesso da Legitima, quando o filho se abstem da herança (Ord. cit. § 5, Cardoso—*in Praxi* verbo —*Collatio* n. 43, e Guerreiro—*de Division.* liv. 2 cap. 10 n. 48).

10.—Os fructos do dote, desde a morte do Pai doente até á partilha (Guerreiro — *de Division.* liv. 2 cap. 10 n. 78).

11.—Todos os rendimentos do excesso da doação, que não foi mencionada, por não produzir effeito aquillo que he nullo (Ord. deste liv. t. 62, L. de 25 de Janeiro de 1775, e Alv. de 16 de Setembro de 1814),

12.—Todos os bens adquiridos pelo filho com dinheiro do Pai, vivendo com elle, e sustentando-se do casal (Ord. deste tit. § 11 e 19, Valasco—*de Partit.* cap. 13 n. 181, Guerreiro—*de Division.* liv. 2 cap. 10 n. 73, e Corrêa Telles—*Dout. das Acc.* § 153 e 154).

13.—Os livros estranhos a Faculdade para onde foi estudar e os desta, sendo excessivos(Valasco—*de Partit.* cap. 13 n. 162, e Corrêa Telles—*Doutr. das Acç.* § 153 nota 3, e *Dig. Port.* to. 2 art. 1061).

14.—As despesas feitas com o Doutoramento do filho e em habilita-lo para cargos de Magistratura ou quaesquer outros, assim como para obter condecorações ou quaesquer mercês(Ord. deste tit. § 7, Almeida e Sousa—*Obrig.* § 654, 655, 658, e 689, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 art. 1061).

Vide tambem sobre esta doutrina Carvalho—*Proc. Orfan.* nota 111.

(2) *Será obrigado tornar tudo a Collação.*

Escapão a esta obrigação:

1.—Os bens adventicios, i. e., aquelles que não provierão dos Pais, nem forão adquiridos com dinheiro delles (Ord. deste tit. § 19, Valasco—*de Partit* cap. 13 n. 100, e Guerreiro—*de Division.* liv. 2 cap. 12 n. 86).

2.—Os bens *castrenses*, i. e., aquelles que forão adquiridos pelas armas, tanto na guerra como na paz, (Ord. deste tit. § 18, e Guerreiro—*Division.* liv. 2 cap. 10 n. 87).

3.—Os bens, *quasi—castrenses*, i. e., aquelles que forão adquiridos pelas Letras, ou pelas Artes (Ord. deste tit. § 18, e Guerreiro—*de Division.* liv. 2 cap. 10 n. 92).

Neste caso estão os lucros provenientes da Magistratura, da Advocacia, da Medicina, das Ordens Ecclesiasticas, os dos Professores de Sciencias ou artes, os dos Escrivães, e Tabelliães (Guerreiro na obra citada cap. 10 n. 94, 95 e seguintes).

4.—As Tenças vitalicias, Pensões, commendas, etc. (Ord. deste tit. § 12).

5.—As doações, Officios e Empregos dados pelo Governo, ainda que a graça fosse dada ao filho em contemplação ao Pai (Ord. deste tit. § 10 e 12 e Alv. de 23 de Novembro de 1770).

6.—As ajudas de casamentos, dadas na conformidade da presente Ord. nos § 10 e 11.

7.—As despesas do jantar ou ceia no dia do casamento (Ord. deste tit. § 20).

8.—As despesas feitas nos estudos com aproveitámento (Ord. deste tit. § 7).

9.—A compra dos livros necessarios para o estudo, i. e., os compendios e expositores mais indispensaveis (Valasco—*de Partit.* cap. 13 n. 161, e Guerreiro—*de Division.* liv. 2 cap. 10 n. 112).

10.—As despesas que se fizerão militando em defesa da Patria(Valasco—*de Partit.* cap. 12 n. 151 e Pereira e Sousa—*Prim. Lin.* nota 1021).

11.—As despesas que o pai fez com o filho nas viagens, ou para lhe obter a qualidade de Cavalleiro, ou para o resgatar da captiveiro (Ord. deste tit. § 8).

12.—As despesas que se fizerão nas Romarias ou serviço do Paço (Ord. deste tit. § 7).

13.—As despezas que se fizerão com a alimentação dos filhos (L. de 11, Cod. *de collation.*, Pereira e Sousa—*Prim. Lin.* nota 1021 e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 arts. 1054 e 1055).

14.—Os rendimentos dos bens doados (Ord. deste tit. § 8, excepto, excedendo a doação a quantia legal, e não houvesse sido insinuada, por que em taes condições devem conferir-se os arrendamentos do excesso.

15.—Os Prasos denominados *familiares*, cuja posse se não tiver traspassado para o filho na vida do Pai) Ord. deste tit. § 22).

16.— As dadivas pequenas, que os Pais costumão fazer a seus filhos, excepto se todas ellas juntas subirem á uma somma consideravel (Valasco—*Cons.* 188 e 189 n. 28, e Guerreiro— *de Division.* liv. 2 cap. 10 n. 109).

17.— As bemfeitorias dos Vinculos, e dos Prazos, quando são modicas, e de pouca duração (Ord. deste tit. § 22 no fim e Almeida e Sousa— *Dir. Emphy.* to. 1 § 583 e seguintes onde nota quaes sejão as bemfeitorias, que devão conferir-se, e o modo de avalia-las).

18.— Os vestidos ordinarios, não sendo luxuosos (Gama — Dec. 164 n. 3, e Guerreiro— *de Division.* liv. 2 cap. 12 n. 148, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 art. 1054).

19.—As despesas com o jantar ou cêa do dia da vóda do filho ou filha, ou do dia, em que o filho Clerigo cantou Missa a primeira vez (Ord. deste tit. § 2, Almeida e Sousa—*Notas á Mello* liv. 3 t. 12 § 12 n. 28, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 art. 1057).

Vide Carvalho—*Proc. Orphan.* nota 112.

(1) *Depois da morte do pai ou mãi.*

Portanto antes deste acontecimento não se póde exigir a collação.

Vide *Gazetta dos Tribunaes* n. 16, onde vem um aresto declarando que as *novidades* só vem á collação depois da morte do Testador.

(2) *Novidades.*

Vide nota (1) á Ord. deste liv. t. 96 § 12 á pag. 961 segunda columna, e mais abaixo a nota sobre esta materia.

(3) *Que assi tiver em seu poder.*

« Se o descendente donatario, diz T. de Freitas na *Consol.* art. 1206 nota, já não possuir os bens, doados não se segue em todos os casos que nada tenha obri-

rem depois da morte dos doadores até o tempo das partilhas (1), por que não os tendo em seu poder ao tempo, que se o pai, ou mãi finar, não será obrigado trazer as novidades á collação (2): e isto, posto que pelos irmãos lhe não seja re-

---

gação de conferir, como se collige, já da disposição consolidada no art. 1207 (que só isenta da collação os fructos dos bens doados não possuidos pelo donatario), já expressamente da consolidada no art. 1216 (refere-se ao § 15 desta Ord.), quando forem moveis os bens doados. »

E em seguida diz.

« E seus fructos (*novidades*) desde o fallecimento dos doadores até o tempo da partilha—: logo, não vem á collação os fructos havidos pelos donatarios antes do fallecimento dos doadores. A rasão he que depois do fallecimento dos ascendentes doadores, suppõe-se que todos os bens doados sujeitos á collação achão-se no acervo hereditario, ou na communhão dos herdeiros, sendo para isso tambem communs os fructos. »

(1) *Trouxer á collação...... até o tempo das partilhas.*

« Ainda não vi, diz T. de Freitas— *Consol.* nota ao art. 1206, cumprida esta disposição em partilha alguma, quanto á collação dos fructos desde o fallecimento dos doadores até á partilha. »

Continuando accrescenta:

« *Trará á collação* —: he uma obrigação de todo o descendente donatario, imposta pela lei, e que por tanto não depende de alguma declaração por parte do ascendente doador. Sempre se subentende a menos que o ascendente doador tenha declarado o contrario, i. e., que faz a doação por conta de sua terça, e não como anticipação de legitima para que o donatario a traga á collação. Eis o que exprime a declaração por parte do ascendente doador dispensando da collação o descendente donatario. »

(2) *Trazer as novidades á collação.*

A respeito da expressão— *novidades*, e em relação aos filhos das escravas, tem-se agitado no nosso fôro grande controversia.

Já sobre a materia alguma cousa dissemos na nota (1) no § 6 da Ord. do liv. 1 t. 88, e agora continuaremos a notar o que pró ou contra se tem dito sobre o assumpto.

T. de Freitas na *Consol.* nota (4) ao art. 1206 exprime-se nestes termos:

« Quando os bens doados forão *escravos*, he applicavel á disposição da lei nos filhos destas, nascidos antes ou depois do fallecimento dos doadores, como se fossem fructos? Tenho constantemente respondido pela *affirmativa*, porque os filhos dos animaes são fructos, e perfeita he a paridade entre estes e os filhos das escravas.

« Em nosso Fôro se tem invocado contra esta solução o § 37 das *Institutas* liv. 2 t. 1 *de rerum divisione*, onde se diz que os *filhos* das escravas não se reputão *fructos*. A singularidade desta asserção, dictada somente por sentimento da dignidade humana, torna-se manifesta, quando nesse mesmo § das *Institutas* se reconhece que as crias dos animaes são fructos da mesma maneira que o leite e a lã.

« Quanto mais que este § das *Institutas* regula privativamente as relações entre o usufructuario e o nú proprietario, quando o usufructo consiste em escravos. Posto que haja semilhança, não são identicas, e por tanto varião em seus effeitos a situação dos usufructuarios e dos herdeiros obrigados á collação.

« O Direito Romano não nos presta auxilio nesta questão, por quanto deprehende-se da L. 5 § 1 ff. *de dot. collat.* que não vem á collação os fructos dos bens doados em dote. He tão rasoavel a solução affirmativa, que o Codigo da Luiziana art. 1362 declara propriedade dos descendentes donatarios as crias que podem nascer das escravas doadas.

« Tambem são *fructos* os juros do dinheiro doado, e por isso o co-herdeiro deve conferir os posteriores á morte dos ascendentes até o tempo das partilhas (Almeidá e Souza — *Obrig. recip.* § 675). »

A opinião contraria nos parece mais juridiça, e consentanea com o espirito christão, e da dignidade humana. Ella foi bem desenvolvida pelo distiucto Jurisconsulto Brasileiro —Perdigão Malheiro, no seu interessante opusculo— *A escravidão no Brazil* § 79 e 71-que reproduzimos:

« Uma grave questão se levanta relativamente aos filhos das escravas que estão em usofructo a alguem. A quem pertencem? Foi esta velha questão longamente debatida entre os Jurisconsultos Romanos, vacilando Scevola e outros, attribuindo-os ora ao usufructuario como fructos á semelhança das *crias dos animaes*, ora ao nú proprietario: até que prevaleceu a opinião de Bruto, que era a segunda (*Institutas* § 37 *de divis. rer.* 2 § 1, e Ulpiano 68 ff. *de usufr.* 7. § 1. Vetus fuit quœstio— *in partus ad fructuarium pertineret?* Sed Bruti sententia obtinuit, fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest; hac ratione, nec usumfructum in eo fructuarius habebit).

« Esta decisão não teve, porém por verdadeiro fundamento a razão que se lê em alguns textos do Digesto de se não deverem considerar fructos os filhos das escravas por isso que não póde ser fructo o *homem*, para quem todos os fructos forão creados. Mas sim a que se lê em outro texto, que o usufructuario só póde pretender os *fructos propriamente ditos*: ora, *as escravas não são destinadas para dar filhos*, e só para trabalhar. He uma razão de dignidade humana, pela qual repugna igualar a mulher, embora escrava, a uma jumenta ou outro animal semelhante.

» E se a escrava he dada a herdeiro obrigado a collação, devem os filhos ser trazidos a ella do mesmo modo que a mãi?— He questão melindrosa. Quanto aos nascidos depois do fallecimento do doador, não ha duvida que devem sêl-o.

« Mas, quanto aos nascidos durante a vida do mesmo, mais difficil he a solução. Se o herdeiro fosse simples usufructuario (como póde acontecer, segundo os termos da concessão), seria fóra de duvida que os filhos das escravas devião ser trazidos á collação, por lhe não pertencerem.

« Se porém, elle não he simples usufructuario. parece que, não obstante haver adquirido o dominio, e poder mesmo alienar, he todavia obrigado a conferir tambem os filhos das escravas como accessorios que acompanhão a condição e sorte do ventre; a doação, em tal caso, traz comsigo a *clausula implicita* da sua suspensão, e mesmo da resolução da propriedade, se se verificar na época competente que excede as forças do doador e offende as legitimas dos co-herdeiros.

« Tanto assim, accrescenta o mesmo Jurista, que, se o escravo sujeito á collação fallece mesmo em vida do doador, entende-se que pereceu por conta do acervo, e não vem a collação por tanto o seu valor (L. 2 § 2 ff. *de collation*; argumento da Ord. deste liv. t. 97 pr. e § 14 e 15, *Consol* nota 4 ao art. 1206 e nota 2 *in fine* no art. 1216). »

Na nota 363 observa mais, referindo-se as *Institutas* § 37 *de divisione rerum* e Ulpiano L. 28 ff. de *usufruct.*

« Em these erão os filhos das escravas equiparados ás crias dos animaes, aliás reputadas *fructos* (L. 68 § 1 ff. *de usufruct. e Instit.* § 37 cit.), e como taes á titulo *de accessão natural* pertencião ao senhor das mãis segundo a regra— *partus sequitur ventrem.* »

E na nota 370 observa mais:

« As opiniões se achão divididas no nosso Fôro e Tribunaes á respeito da questão:

« Eu mesmo segui por muito tempo a opinião de que se não deveria conferir os filhos havidos antes do fallecimento do doador. Mas estou convencido hoje de que he mais acertada a opinião contraria.

« A faculdade de alienar, conferida ao beneficiado, não he inconciliavel com a obrigação de conferir, que tem por fim especialissimo a igualdade dos quinhões hereditarios dos descendentes, herdeiros forçados ou necessarios.

« O principio— *partus sequitur ventrem* tem aqui toda a applicação. A questão acha-se submettida ao Poder Legislativo para interpretar authenticamente a Lei (*Relatorio do Ministerio da Justiça* de 1866).

querido, se elle quizer entrar com elles á herança (1).

E bem assi trará á collação tudo o que houver de seu pai, ou mãi, ou o que delles procedesse, que se chama em Direito (2) profecticio (3).

M.—liv. 4 t. 77 § 1.

1. E fallecendo somente o pai, ou mãi, ficando o outro vivo, e havendo hi outros filhos, se aquelle, a que foi feita a doação, quizer entrar á herança do que se finou(4), trará á collação ametade do que lhe foi dado(1), e elle e os outros irmãos partirão a outra herança commumente com o pai, ou mãi, que fôr vivo ; e depois que fôr morto o dito pai, ou mãi, tornará aquelle, a que foi feita a doação á collação a outra metade, que ficou, e partirá outra vez igualmente com seus irmãos(2).

E o que dito he, se entenderá, quando o pai e mãi casaram per carta de ametade, segundo Lei do Reino ; mas quando o pai e mãi, foram casados per dote e arras, e dotaram os filhos, ou lhes fizeram outra qualquer doação, se guardará á disposição do Direito Commum (3), ora dotassem ambos, ou cada hum per si (4).

M.—liv. 4 t. 77 § 2.

2. E não tornarão á collação o jantar, ou cêa, que o pai, ou mãi lhes deram em os dias de sua vóda (5).

M.—liv. 4 t. 77 § 3.

Consulte-se tambem sobre esta Ord. Borges Carneiro —*Dir. Civ.* liv. 2 t. 3 § 20 n. 2, e Guerreiro—*de Invent.* liv. 3 cap. 12 n. 135 e 136, e *de Ret Red.* liv. 2 cap. 10 de n. 33 a 36, que positivamente declara não ser o filho da escrava — *fructo*, como se vê das seguintes palavras :—partus ancillarum, qui licet non sint in *fructu*, etc.

(1) *Se quizer entrar com elles á herança.*

A edição nona de Coimbra diz:—se quizer *com elles* entrar á herança.

Vide mais adiante notas ao § 3 e 5 desta Ord.

(2) *Em Direito*, i. e., Romano.

(3) *Profecticio.*

Chama assim esta Ord. tudo quanto o filho houver de pai ou *mãi*, ou o que delles procedesse.

Mas Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 186 nota ao n. 19, exprime-se desta sorte :

« Posto que a Ord. do liv. 4 t. 97 pr. versic. ultimo chama *profecticios* os bens que o filho houver de sua mãi, ou que delles procedessem, comtudo deve isso entender-se somente para o fim de o filho os conferir por morte da mãi, que he o objecto desta Ord. »

Definindo nesse § 186 as differentes especies de peculios do filho, diz o seguinte quanto ao *profecticio* :

« Profecticio he o que o filho adquire :— 1º Com o dinheiro ou bens do pai. 2º Por contemplação delle. Sobre o que se deve notar.

1.— que são *profecticios* os bens ou dinheiro que o pai dá ao filho para os ter separados da administração paterna, ou negociar nelles : não devem porem confundir-se com aquelles de que lhe fez doação

2.— que se o filho negociar expressameute em seu nome, para sua utilidade, e por seu risco, com o dito dinheiro ou bens do pai, o que assim adquirir não são bens profecticios, mas *adventicios*.

3.º que he *profecticio* o que o filho adquire por aquelle serviço e obras que como tal deve prestar ao pai.

«Adquire-se por contemplação do pai, se entende, quando sem ella os não darião ao filho : não assim se lhes derão por amisade ou outra causa pessoal ao filho, inda que o pai fosse occasião ou causa remota. »

Consulte-se sobre esta Ord. Barbosa no respectivo *com.*, Valasco— *de Partit.* cap. 13, Guerreiro—*de Division.* liv. 2 cap. 10, Ag. Barbosa— *Castigat.* n. 316, usque 319, Silva Pereira— *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 5 3, to. 2 nota (*a*) a pag. 200, e to. 4 nota (*b*) a pag. 2, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 9 § 4, liv. 3 t. 5 § 3 e t 12 § 12 e 13, Almeida e Sousa—*Acç Sum.* to. 1 pag. 34, *Fascic* to. 1 pag 21, 32 e 64, to. 3 pag. 6, 8 e 12, *Notas á Mello* to 2 pag. 118, to. 3 pag. 484, 492, 503 e 514, e *Obrig.* pag. 357, 364, 388, 390, 402, 408, 409 e 417, e T. de Freitas—*Consol.* art. 181 e nota.

(4) *Quizer entrar á heranca do que se finou.*

Consequentemente o doado pode abster-se da herança ou concorrer a respectiva partilha com os seus irmãos.

Estas palavras estão de accordo com o que diz o Legislador no § inicial deste titulo, e nos § 3 e 5 *infra.*

T. de Freitas na *Consol.* em nota no art. 119 faz sobre este assumpto as seguintes considerações :

« Não se costuma exercer hoje esse *direito* que a Lei dá aos filhos dotados ou donatarios para abster-se da herança ficando com o dote ou com os bens doados. Sempre os herdeiros concorrem á herança, ficando com os bens conferidos ; e a Ord. sómente se entende e applica neste sentido, *confundindo-se* as duas hypotheses, que são tão differentes, e as suas peculiares disposições.

« Da hypothese da abstenção e reducção das doações tratão os arts. 1197 á 1204. Da hypothese da collação verdadeira tratão os arts. 1205 e seguintes.

« Em ambos os casos ha collação, só com a differença de que no primeiro caso a collação he ficta para conhecer-se o excesso das doações, e necessidade da reducção.

« Sendo necessaria a reducção, o excesso he realmente conferido. Para evitar-se uma circumlocução a palavra—*collação* he applicavel ás duas hypotheses.

« Quando os descendentes illegitimos não podem succeder á seus pais, e lhes succedem só em vista de testamento ; não ha *collação*. Não tendo elles *legitima*, cessa o motivo das collações que he—*igualar* as legitimas. »

(1) *Ametade do que lhe foi dado.*

T. de Freitas diz na nota ao art. 1209 o seguinte :

« Se a doação não foi feita por ambos os conjuges, confere-se *no todo* por morte do conjuge doante. Assim se tem entendido, mas o texto da Lei não he claro.

« Dando-se a hypothese desta Lei, e por fallecimento de um dos conjuges tendo-se avaliado a cousa doada para sua collação, he manifesto que não deve ser novamente avaliada por fallecimento do outro conjuge doador.

« Se a lei manda conferir em cada inventario metade da doação, a avaliação feita no primeiro inventario deve servir para o segundo. A não ser assim, o valor dos bens doados poderia na segunda avaliação variar para mais ou para menos, e então o donatario deixaria de conferir metade da doação. Vide nota ao art. 1216.»

Consulte-se mais adiante a nota ao § 15 deste titulo.

(2) *Partirá...... com seus irmãos.*

Silva Pereira no *Rep das Ords* to. 2 nota (*b*) á pag. 179 apoiando-se em Valasco—*de Partit.* cap. 19 de n. 6, nota que destes bens doados ou dotados posto que venhão á collação, não he costume faser com elles *terça* em Portugal.

(3) *Direito commum*, i. e., o Romano.

« Sendo a separação de bens, diz T. de Freitas na *Consol.* nota ao art. 1210, o regimen do casamento, cada um dos conjuges dôa o que he seu, e o que cada um tiver doado vem á collação no respectivo inventario. »

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 12 § 13, e Almeida e Sousa — *Acç. Sum.* to. 2 pag. 184.

(5) *Jantar ou cêa..... no dia de sua vóda*, i. e., do seu casamento.

Por paridade de rasão tambem se estende ao jantar ou cêa, no dia em que o filho Clerigo canta Missa pela

3. E se o filho, ou filha, a que foi feita doação per o pai, ou mãi, ou per ambos, assi em casamento, como per qualquer outra maneira, não quizer(1) por morte do pai, ou mãi, ou de ambos entrar com os irmãos á herança de pai, ou mãi, ou de ambos, não será obrigado tornar a seus irmãos a cousa, que lhe foi dada; salvo se a doação fôr tão grande(2), que exceda a legitima desse filho, ou filha, a que foi feita, e mais a terça da herança de seu pai, ou mãi, ou de ambos, se ambos lhe fizeram a doação, por cuja causa a legitima dos outros filhos fique em alguma parte diminuida; porque em tal caso, se á herança não quizer entrar(3), será obrigado refazer aos irmãos toda sua legitima (4), que tirada a terça lhes pertence haver dos bens do pai, ou mãi, ou de ambos, se ambos fizeram a doação.

E se elle ainda não fôr entregue dos bens ou quantidade(5), de que lhe foi feita doação, não poderá demandar, nem haver mais que o que montar em sua legitima, e na terça do pai, ou mai, que lhe fizeram a tal doação (6).

Porque sempre as terças do pai, e mãi(7), até onde abrangerem, são obrigadas a refazer os casamentos(1), que promettem, e doações (2), que fazem a seus filhos, ainda que expressamente não fossem obrigadas (3), e postoque os defunctos dellas ordenem outra cousa(4).

M.—liv. 4 t. 77 § 4.

---

primeira vez. Almeida e Sousa — *Notas á Mello* liv. 3 t. 12 § 12 n. 27 e 28 e Corrêa Telles —*Dig. Port.* to. 2 art. 1057.

Consulte-se tambem Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 514, e nota (*a*) a pag. 586, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 499, e *Obrig.* pag. 386.

(1) *Não quizer.*

Vide nota (4) ao § 1 deste titulo.

(2) *Salvo se a doação fôr tão grande.*

Por que as doações não estando dentro da taxa legal (Ord. deste liv. t. 47 e t. 62 § 1) reputão-se inofficiosas ou sem valor, na parte que excedem áquella taxa, que hoje segundo o Alv. de 16 de Setembro de 1814 he de 360$000 nos bens moveis, e de 180$000 nos de raiz.

(3) *Não quizer entrar.*

Vide nota (1) *supra.*

(4) *Será obrigado refaser aos irmãos toda sua legitima.*

Esta disposição tem por fim igualar as legitimas dos descendentes, rasão por que se instituio a *collação.*

Mas como já vimos na nota (2) ao § 1 deste titulo, os bens que vem á collação não augmentão a quota das terças.

Segundo Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 128, este refasimento deve ser em bens *ex substantia patris*, e não em dinheiro, salvo se o objecto não he partivel.

Consulte-se tambem Cabedo — p. 1 *Dec.* 108, Pereira de Castro—*Dec.* 96, e Valasco—*de Partit.* cap. 13 n. 20, e cap. 15 *in totum.*

(5) *Bens ou quantidade*, i. é., dinheiro.

Vide Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 2 de § 26 até final.

(6) *Doação.*

Vide Assento de 21 de Julho de 1797 e nota (2) ao pr. deste titulo á pag. 968.

Rebouças nas *Obs.* ao art. 1200 da *Consol.* nota que depois do Ass. de 1797 supracitado, esta Ord. só pode ser efficazmente applicavel até ás quantias de 360$000 e 180$000, não havendo insinuação do dote ou doação.

(7) *Terças do pai ou mãi.*

T. de Freitas na nota ao art. 1198 da *Consol.* diz o seguinte:

« Os dotes ou doações que se conferem não augmentão a terça, e esta se deve computar pela massa dos bens existentes na posse do Testador ao tempo de sua morte.

« Assim penso, não tanto pela Res. de 2 de Agosto de 1463, attestada por Gama, e transcripta por Lobão em uma de suas *Diss.* no Appendice do Trat. das *Acç. Sum.* (pois que tal Res. ficou prejudicada com as compilações Manuelina e Philippina); mas porque as collações só tem por fim igualar as Legitimas dos filhos, protegendo os direitos da familia, e não a estranhos. Esta questão só cabe ao caso em que o Pai, tendo feito testamento, dispõe de sua terça; e então os legatarios não tem direito de exigir a collação. Vide art. 847 do Cod. Civ. Francez. »

Rebouças nas *Obs.* a esta nota sustenta a doutrina de que as doações aos filhos não insinuadas excedendo ás legitimas, e entrando na terça até a quota legal 360$000, quanto aos pais, e 180$000 quanto ás mãis, devem vir a collação augmentando o acervo da herança, porque reputão-se taes excessos como no dominio do doador.

T de Freitas, depois de reproduzir toda a argumentação de Rebouças, conclue desta forma:

« Concordo perfeitamente em que as doações não insinuadas augmentão a terça dos ascendentes doadores no excesso de 360$000 e 180$000 ou além das Legitimas, e assim está subentendido, não porque tal excesso venha á collação e augmente a terça, mas porque não ha collação delle em razão da nullidade de sua doação, o que importa o mesmo que não ter sido doado.

« Esta he a doutrina geralmente recebida, como se pode ver em Lobão—*Diss.* 3 no Appendice das *Acç. Sum.*, e Pereira de Carvalho—*Lin. Orphan.* notas 121 e 122.

« Por este lado fica intacta a regra de que as doações conferidas não augmentão a terça. Pelo lado da Res. de 2 de Agosto de 1463 tambem fica intacta, e não procede o argumento da censura a que respondo; porquanto esta Res. não tem por objecto unicamente as doações dotaes, e antes comprehende as doações em geral, quando diz—*se algum de seus filhos trouxer a collação alguns bens que houvesse da herança daquella pessoa, de cuja successão se trata*, etc.—determinando que em taes bens conferidos não houvesse o herdeiro da *terça*, parte alguma.

« Suppondo que essa Res. esteja sem vigor, e não havendo lei que decida a questão, he livre a cada um tomar o partido que quiser; sendo porem certo que do meu lado está a torrente dos Escriptores. »

(1) *Refazer os casamentos*, i. e., os dotes,

(2) *E doações.*

Nesta Ord. se comprehende tambem as doações feitas á estranhos (*Gazetta dos Tribunaes* n. 140, a antiga).

(3) *Expressamente não fossem obrigadas.*

T. de Freitas na *Consol.* arts. 1201 e 1270 faz as seguintes observações sobre esta parte do presente §:

« Pela novissima Lei hypothecaria tem cessado este caso de hypotheca legal como adiante observo na nota ao art. 1270 § 12 (por quanto o art. 3 da dita Lei não contempla este caso, e o art. 1º não admitte outras hypothecas além das ali contempladas).

« Se acontecer por tanto que os donatarios sejão dous ou mais, o primeiro donatario não se inteira pela terça, como disem Pereira de Carvalho —*Lin. Orphan.* nota 117 e Almeida e Sousa—*Obrig. recip.* § 395 e 679; porem a terça ratêa-se por todos os co-herdeiros donatarios. »

(4) *Defunctos dellas* (terças) *ordenem outra cousa*, i. e., por testamento ou codicillo.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 514, to. 2 nota (*b*) a pag. 170, e nota (*d*) e (*b*) a pag. 196 e 197, to. 3 nota (*a*) a pag. 128, e to. 4 notas (*a*) a pag. 772 e 774, Mello Freire — *Inst.* liv. 2 t. 4 § 13 nota, t. 6 § 3, t. 9 § 12 e 13, e liv. 3 t. 12 § 13, e Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 1 pag. 21 e 24 e to. 3 pag. 42, *Acç. Sum.* to. 2 pag. 105, 116, 121 e 135, *Notas á Mello* to. 2 pag. 151 e 523, to. 3 pag. 487 e 508, e *Obrig.* pag. 145, 176, 236, 400, 414, 415 e 416.

Cumpre notar que as *Diss.* quinta e *sexta* de Almeida

4. E declarámos que para se dizer que a doação he grande (1), e excede a legitima e terça, se ha de olhar á valia dos bens do que os deu, ou prometteo em casamento ao tempo, que a fez, ou ao tempo de sua morte, qual escolher o donatario(2). E esta escolha(3)será sómente nas doações dadas em casamento(1): porque nas outras doações, que se fizerem aos filhos, se olhará o que os bens do doador valerem ao tempo de sua morte(2).

M.—liv. 4 t. 77 § 4.

5. E quando os filhos dotados declararem, que não querem ser herdeiros(3), e os dotes excederem suas legitimas, e as terças dos doadores(4), e forem obrigados a refazer aos outros filhos suas legitimas per inteiro, o Juiz das partilhas poderá obrigar aos fi-

---

e Sousa no to. 2 das *Acç. Sum.* são os mais importantes *com.* desta Ord.

Pereira de Carvalho no *Proc. Orphan.* nota 117 sustenta a doutrina de que sendo mais do que um os herdeiros dotados, aquelle, que o foi em primeiro lugar, he tambem o primeiro a inteirar-se pela *terça*; e só o resto pode faser em beneficio dos outros por sua ordem, ainda que casassem primeiro; por ser o tempo da doação, e não o do casamento, o que regula a preferencia neste caso.

« Aquelles, que sustentão a opinião de que a Terça dos doantes deve *ratéar-se* em beneficio de todos os co-herdeiros doados attacão abertamente a determinação da citada Ord., e a L. de 20 de Junho de 1774; porque contrahindo-se pela promessa do dote uma divida, á que a Terça fica legalmente hypothecada, não chegando a Legitima, todos sabem que os credores hypothecarios mais antigos preferem aos mais modernos.

« Só teria lugar o rateio da Terça em beneficio de todos os dotados, se todas as doações fossem feitas no mesmo dia, ignorando-se qual dellas se tinha feito primeiro. »

(1) *Doação he grande.*

Corrêa Telles na *Interp.* § 50 diz á este respeito o seguinte:

« A Ord. liv. 4 t. 97 § 4 diz, que para se dizer *grande* a doação, que o pai fez a seu filho, e que excede a legitima e terça, se ha de olhar a valia dos bens, do que os deo, ou prometteo em casamento, ou segundo o tempo da doação, ou segundo o tempo da morte do doador, qual escolher o donatario.

« Far-se-ha muito má applicação desta Lei, se alguem se regular por ella só e destacada do § 3 do mesmo titulo.

« Supponhamos que um pai tinha 20 mil cruzados no tempo em que dotou a um filho cinco, que depois disso gastou ou perdeo os quinze, com que ficou: se o filho levantar todo aquelle dote, os outros filhos ficarão sem legitima.

« Para nos livrar-mos desta collisão iniquissima, conforme lhe chama Valasco— *Cons.* 188 n. 14, não ha senão regularmo-nos pelo disposto no § 3 da citada Ord., isto he que o dotado—será obrigado a refazer aos irmãos toda a sua legitima, que tirada a terça lhe pertence haver—, de maneira que dos cinco mil cruzados dotados se deve tirar a terça, e do resto fazer legitimas ao dotado e aos mais irmãos; e isto ou o dote tenha sido somente promettido, ou tenha logo sido entregue ao dotado, porque o citado § 3 comprehende hum e outro caso.

« Dirão que a escolha do § 4 nada presta ao dotado no caso do pai dotador diminuir o seu patrimonio depois de dar ou prometter o dote: responderei, he assaz que esta escolha alguma vez seja util ao dotado, ainda que nem sempre essa utilidade se verifique; e he evidente a utilidade quando no tempo da doação o dote dado, ou promettido excedia a terça do dotador, e a legitima do dotado, se porventura não exceder no tempo da morte do dotador. Valasco *supra* n. 15, Mello —*Inst.* liv. 3 tit. 12 § 13. »

(2) *Qual escolher o donatario.*

« Não ha, diz T. de Freitas na *Consol.* art. 1203 nota, antinomia entre este § 4 e os § 14 e 15, por que a disposição do primeiro he relativa ao caso de *abstenção* da herança, e a dos outros no caso da collação verdadeira. No primeiro trata-se do total valor dos bens do doador, nos outros de valor dos bens doados. »

Esta doutrina he sustentada por Valasco—*de Partit.* cap. 19 n. 5 e cap. 20 n. 21, e o refere julgado o Dez. Oliveira, em um pleito notavel de Antonio Botelho Palha com Gaspar Cardoso do Amaral, que subio á Revista (Silva Pereira— *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 178.)

(3) *E esta escolha.*

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 353 scholio fez sobre esta *escolha* as seguintes observações:

« A Ord. liv. 4 tit. 97 § 4, á qual corresponde a Manoelina tit. 77 § 4, tem por fonte a Lei 29 *do Touro.* Gomes a esta Lei n. 35 *in fine*, desculpa a escolha, que ella deixa ao filho dotado, *quia titulus dotis non est mere lucrativus, sed onerosus.* Supponhamos porém que o pai depois do dote decahio inteiramente de bens, de fórma que, escolhendo o filho dotado o tempo da doação, vêm os outros filhos a ficar sem legitima.

« A letra da lei não dá a estes recurso algum, o que *nemo inficiabitur esse iniquissimum, et contra præceptum ac mentem omnium jurium, in quibus cavetur, ne alii filii fraudentur suis legitimis.* Valasco—*Cons.* 188 n. 14. Para moderar esta dureza, o sabio autor do *Dig. Port.* to. 2 art. 1668, adopta a disposição do *Cod. da Prussia* p. 2 tit. 2 art. 313, o qual em caso analogo obriga o irmão dotado a contribuir para o estabelecimento do indotado, até onde chegar a terça da doação.

« Nós tratamos aqui das doações, ou dotes feitos pelos pais aos filhos, ou netos, que estes devem trazer á collação; e que podem ser inofficiosas, quando he necessario recorrer a ellas para preencher as legitimas. Supponhamos porém, que a doação foi feita a um estranho; e que os filhos por morte do pai doador poucos ou nenhuns bens acham. Parece que podem querelar essa doação por inoficiosa. L. 1 Cod. *de inoff. donat.*, e Guerreiro—*Tract.* 2 liv. 2 cap. 10 n. 33.

« O mesmo podem fazer os ascendentes, se foram privados da legitima por causa das doações do descendente, de quem são herdeiros. L. 4 Cod. *eod.* »

(1) *Doações dadas em casamento.*

Sobre esta escolha diz o Dez. João Alvares da Costa no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 322 o seguinte:

« Vi duvidado, se escolhido por morte de um dos dotadores o tempo da morte, se morrendo depois o outro conjuge, podião os dotados escolher o tempo do dote?

« *Non est facile resolvi*, ego autem semper tenui duplicem considerari dotem, seu melius unicum esse, sed dividuum, ex notatis per Aylon ad Gomes. liv. 2 *Varior.* cap. 10 n. 4, Urceol.—*de Transact.* qu. 80 n. 26; et in terminis resolvit Valascum—*Cons.* 188 n. 20. »

Mais abaixo apresenta o mesmo Dez. na sobredita nota, o seguinte caso julgado:

« Foi duvidado, se podia o Pai em sua vida faser partilhas entre os filhos, reluctando um á quem *as terças* erão dotadas disendo que tinha *a escolha* na forma desta Lei, e que ficava privado della.

« *Sed hoc non obstante* se resolvêo o contrario por consulta do Paço, no anno de 1712, a favor do Capitão-mór de Pernes com seus filhos. »

(2) Vide Ord. deste tit. § 14 e 15, e Ass. de 21 de Julho de 1797 na (2) ao pr. desta Ord., Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira no *Rep.* lugares supracitados, Mello Freire — *Inst.* liv. 2 tit. 4 § 13 nota, t. 6 § 3, t. 9 § 12 e 13, e liv. 3 t. 12 § 13, e Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 1 pag. 21 e 28, *Acç. Sum.* to. 2 pag. 105, 116, 121 o 135, *Notas á Mello* to. 3 pag. 308, e *Obrig.* pag. 176, 236, 344, 400, 414 e 416.

(3) *Não querem ser herdeiros.*

Vide nota (4) ao § 1 deste titulo.

(4) *Dotes excederem as legitimas e as terças.*

Segundo o nosso Direito Patrio o dote ou doação excedente a legitima e terça reputa-se excessiva, e por tanto *inofficiosa* (Cabedo — p. 1 *Dec.* 108 n. 4, Guer- *de Division.*—liv. 2 cap. 10 de n. 20 em diante e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*e*) a pag. 196).

O Dez. João Alvares da Costa na nota (*b*) ao *Rep. das Ords.* to. 3 a pag. 319 e 320, propõe a duvida se

lhos(1)que se sáem com seus dotes, a comporem a seus irmãos(2) o que mais tiverem em si, executivamente(3)sem mais outro processo (4).

L. de 18 de Novembro de 1577 § 40.

6. E querendo o filho, a que foi feita a doação pelo pai,ou mãi, entrar á sua herança e trazer á partilha a dita doação, podel-o-ha fazer em todo o caso, ainda que os irmãos não queiram(5).

M.—liv. 4 t. 77 § 5.

7. E não trará o filho a collação a seus irmãos, o que lhe o pai, ou mãi dèrem para aprender em scholas(1), ou em Studo(2),ou a quem o ensinar a qualquer outro mestér(3), nem o que lhe deu para ir a alguma romaria(4),ou para sua cavallaria(5), em quanto he solteiro, postoque vá muitas vezes a guerra, e postoque, quando a ella foi já fosse cavalleiro.

Porem, se depois que o filho fôr casado, fôr á guerra e lhe seu pai, ou mãi derem qualquer cousa para lá gastar, trará a collação todo o que lhe assi derem: salvo se ao tempo que foi á guerra sendo casado, ainda não era cavalleiro (6), porque neste caso, postoque seja casado, pois se vai fazer cavalleiro, havemos por bem que não traga á collação o que nisso gastar(7).

M.—liv. 4 t. 77 § 5.

8. Nem trará o filho á collação, o que lhe o pai ou mãi derem para sair de capti-

---

o Fiador do dote está obrigado a compor os herdeiros da legitima pelo excesso do dote, e exprime-se por este modo:

« Utrum pro excessu tertiæ possit fidejússor dotis conveniri, *dubitatur valde*, qua si fidejussor in duriorem causam obligatus non sit: si Fidejussor est expromissor, et obligatus ad id, pro quo dotantis non sufficiant facultates, est extra dubium (Gabriel Pereira —*Dec.* 85, usque ad n. 3 inclusive):

« Sed id foret, si Fidejussor tamquam principalis constituatur debitor, nulla alia adhibita declaratione; *judicatum* in Senatus, revocata inferiori aula, anno 1693, na causa de aggravo ordinario do Porto, de Pedro de Mello Alvares Pinto, de Viana, com João Baptista Velloso (ex Baeça—*de non meliorandis*, etc.).»

(1) *O Juiz das partilhas poderá obrigar aos filhos.*

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 203 apresenta a seguinte duvida.

«Se o Religioso que quer ser herdeiro, e traz a collação o dote com que entrou para o Convento, mostrando-se que o dote com que para o mesmo entrou he inofficioso deve o Convento restituir o excesso ?

Na Casa da Supplicação sempre se julgou pela affirmativa contra o voto do Dez. João Alvares da Costa que assim expõe a questão:

«As Religiosas de S. Martha de Lisboa declararão ser herdeiras por cabeça de uma sua Religiosa do pai da mesma, e trouxerão a collação o dote: feita a partilha se áchou que o dote excedia a legitima. Pedirão os co-herdeiros o excesso, e obtiverão no Senado: e como havia já outro exemplo semelhante, porém contra o meu voto, que deliberei que o Convento não devia restituir o excesso, por que era *contracto indissoluvel*, e não podia o Mosteiro expulsar a Religiosa, nem deixar de alimenta-la, como pode fazer o marido á mulher, quando não lhe paga o dote.

«Fundei-me na doutrina de Sanches que refere Barbosa—*in auth. si qua mulier* Cod. *de Sacros. Eccles.*, e terminante doutrina de Guerreiro—*de Division.* liv. 2 cap. 12 n. 22, Petr. to. 3 *ad Constitut. Apostol* pag. 108 n. 34: E he bom exemplo do dote não sufficiente, que o irmão he obrigado supprir do seu (Boss. — *de dote* cap. 13 n. 41, et cum multis Botilher—*Theorema* 17 n. 4 e 5).

« Assim julgarei sempre, e se prevalecer o contrario pode o Mosteiro implorar a restituição contra acceitação, *ut est de Jure et Ordination.* supra hoc. libro 4 (aliás *difficilis*) tit. 87 § 3. »

(2) *Comporem á seus irmãos.*

Vide nota (1) ao § 19 da Ord. deste liv. t. 96 á pag. 964 seg. col.

(3) *Executivamente.*

Corrêa Telles na *Doutr. das Acç.* § 145 diz que a acção de obrigar o filho donatario a supprir as legitimas dos irmãos he executiva com o formal das partilhas, ainda que elle se tenha abstido da herança.

Mas esta lei (a presente Ord.) suppõe, que o Juiz das Partilhas tem tomado já conhecimento, e julgado, que o donatario deve refaser as legitimas á seus irmãos.

Vide o mesmo Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 arts. 1080 e 1165.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 501, to. 3 nota (*a*) pag. 203 e nota (*b*) a pag. 319, Mello Freire —*Inst.* liv. 3 t. 12 § 13, e Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 1 pag. 37, *Notas á Mello* to. 2 pag. 523, to. 3 pag. 508, e *Obrig.* pag. 176, 236, 400 e 414.

(5) *Ainda que os irmãos não queirão.*

Consequentemente he um direito que não pode ser preterido pelos outros co-herdeiros (Ord. deste tit. pr.).

Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Almeida e Sousa—*Acc. Sum.* to. 1 pag. 495, o *Obrig.* pag. 236.

(1) *Scholas*, i. e., Collegios ou Universidades onde ensinão-se as sciencias.

Corrêa Telles na *Interp.* § 109 diz:

« O filho não he obrigado a trazer á collação o gasto que o pai fez com elle no estudos (Ord. liv. 4 tit. 97 § 7). Mas se o filho em vez de estudar se entrega aos vicios, e não aproveitou, justo he que confira aquella despeza (Guerreiro— *de Division.* liv. 2 cap. 12 n. 132).

Tambem he justo, que traga á collação os livros, que o pai lhe dêo, se são de mera curiosidade, e não precisos aos estudos, á que se applicava. Valasco—*de Partit.* cap. 13 n. 162. »

(2) *Studo*, i. e., casa onde se dá lição; e hoje propriamente a escola de primeiras letras (Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 514).

(3) *Mestér*, i. e, officio.

(4) *Para ir á alguma Romaria.*

Romaria se chama a peregrinação devota á Terra Santa, ou a algum lugar notavel pela devoção do Santo ou imagem miraculosa.

Nos seculos de mais fé do que hoje erão mais communs essas viagens. T. de Freitas na *Consol.* nota ao art 1217 § 2, declarou que fóra das despesas de educação omittia tudo o mais que se acha consignado neste §, por ser *improprio* do tempo actual.

(5) *Ou para sua Cavallaria.*

Refere-se as despezas feitas com o filho que ia servir na Milicia, o que outr'ora era gratis.

Este auxilio da familia tinha por tanto sua justificação em um interesse publico.

Tendo hoje cessado esta rasão não he applicavel, segundo nosso parecer, a doutrina do §, quanto aos Militares, salvo sendo os seus vencimentos mui tenues. Quanto aos Militares, que não militão não tem a Ord. applicação alguma (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 art. 1061 nota (*f*).

A doutrina da Ord. nesta parte aproveita tambem as despesas feitas com o Doutoramento dos filhos. (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) a pag. 514).

Vide nota (2) ao principio deste titulo á pag. 968 seg. col.

(6) *Ainda não era cavalleiro.*

Hoje equivale a Official de patente. Neste caso estão as despesas feitas com o filho que serve no Exercito em posição inferior á Official, cuja paga he mui redusida.

(7) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) á pag 514, nota (*a*) a pag. 581 e nota (*b*) a pag. 586, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 12 § 2; e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 114, to. 3 pag. 504, 507 e 511, e *Obrig.* 31, 98, 236, 392, 397 e 402.

veiro, ou de homezio(1), nem o que com elle gastarem no Paço, quando era solteiro(2); porque, se depois de casado lhe foi dado, posto que seja para o gastar no Paço, trará á collação o que lhe assi fôr dado. E declaramos, que Paço(3) neste caso, se entende sómente nos que comnosco vivem, ou com a Rainha, ou Principe, ou cada hum de nossos filhos (4).

M.—liv. 4 t. 77 § 6.

9. E isto, que dizemos, que o que fôr dado para Cavallaria(5), ou Paço, se não traga á collação, se entende, quando as cousas, que lhe assi forem dadas, são já gastadas; porque(6) se ainda as tiver ao tempo da morte de quem lhas deu, será obrigado trazel-as á collação, assi como as tiver. E postoque as não tenha, se lhe provarem, que o que lhe foi dado para Cavallaria, o trouxe e vendeo, ou gastou no Reino, será obrigado trazer á col-

(1) *Captiveiro ou de homezio.*

Homezio ou *homizio* era o crime por morte de homem.

Tambem se chama *homizio*, o estado do que andava escondido, por se livrar da vingança dos parentes do morto; e hoje o do que se esconde por não ser preso por crime.

Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 2 arts. 1064 e 1065 diz o seguinte:

« Se o pai livrou o filho do crime que falsamente lhe foi imputado, esta despeza não deve vir á collação, bem como a que fizesse para remir o filho do captiveiro.

« Mas se o filho foi justamente culpado, e o pai pague a pena pecuniaria e custas do livramento, deve o filho conferir estas despesas (Voet—*ad Pand.* liv. 37 t. 6 n. 15. *Aliter* Valasco—*de Partit.* cap. 13 n. 176. »

Continuando diz na nota (*d*):

« Livrar o filho do homizio, de que falla a Ord. liv. 4 t. 97 § 8 pode-se entender da despeza, que o pai fez com a carta de Seguro, ou alvará de fiança obtido para o filho deixar de andar homisiado. »

(2) *Gastarem no Paço quando era solteiro.*

Este serviço era *gratis*, e sendo honroso para a familia, não devia pesar somente sobre o filho que o desempenhava.

(3) *Paço*, i. e., a casa nobre ou palacio onde reside o Monarcha. A *Casa Real* onde reside a familia do Rey.

(4) *Cada hum de nossos filhos.*

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) a pag. 852 traz a seguinte nota do Dez. Oliveira sobre se os *netos* estão comprehendidos na palavra *filhos*.

« Não se entende á respeito dos que viverem com os netos d'El-Rey, porque supposto que na appellativa dos *filhos* se comprehendem os *netos*, aqui *não*; porque a Lei na mesma oração falla do Principe, e dos outros filhos; e assim se deve entender dos outros filhos *somente*, que não com o Principe, e que vem á ser os *Infantes*. »

E assim se resolvêo a duvida proposta pelo Dez. João Alvares da Costa: *Quid*, se servirem com os irmãos d'El-Rey? *Cogita*. E entre os filhos do Rey, se comprehendem os Bastardos para este effeito? Vide Carvalho—in cap. Raynaldus—*de Testam.* p. 4 cap. 1 n. 123, Valasco—*de Partit.* cap. 13 n. 170, Fagundes—*de Just. et Jure* liv 4 cap. 7 n. 22 quasi no fim.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag 515, nota (*b*) pag. 581, e to. 4 nota (*b*) a pag. 852, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 114, 139 e 140, to. 3 pag. 505 e 511, e *Obrig.* pag. 86, 98, 236, 392, 395 e 402.

(5) *Para a Cavallaria.*

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 581.

(6) *Porque.* A primeira edição de 1603 diz somente *que*. A lacuna foi preenchida pelo editor da nona edição de Coimbra.

lação o que disso recebeo, ou o que valia ao tempo, que o trouxe(1).

M.—liv. 4 t. 77 § 7.

10. E queremos que não tragam á collação os filhos ou outros descendentes as mercês, que á elles, ou á seus pais e ascendentes para elles fizermos, ou tenhamos feitas, ou promettidas, de casamentos, ou ajudas de casamentos (2); porque queremos que sejam precipuas(3) e *in solidum* dos filhos, ou descendentes, para que as desembargarmos(4) e mandarmos pagar, nem lhe sejão imputadas em suas legitimas; postoque seja certo e manifesto, que por respeito e contemplação dos pais, ou dos outros ascendentes, e per seu requerimento as taes doações de casamentos, ou ajudas delles forão feitas aos filhos, ou á outros descendentes.

E poderão com os outros herdeiros entrar á partilha dos bens e herança do pai, ou mãi, e dos outros ascendentes. E queremos que os ditos casamentos(5) e mercês de ajuda para elles se regulem, como se fossem bens quasi-castrenses (6), e não tenham natureza de bens profecticios(7).

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 2 pag. 114, to. 3 pag. 511, e *Obrig.* pag. 38, 236 e 402.

(2) *Casamentos* ou *ajudas de casamentos.*

Fóra destes casos, diz Silva Pereira no *Rep* to. 1 nota (*c*) a pag. 369, não procede esta Ord., os bens doados vem a collação, por quanto como a disposição he exorbitante, torna-se restrictiva a sua execução.

Outros entendem diversamente (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 186 n. 8).

(3) *Precipuas*, i. e., livres da obrigação da collação.

A palavra *precipua* quer dizer principal, singular, especial.

Os Romanos chamavão tambem *precipuo* o legado, que se cumpria em primeiro lugar, e antes da repartição da herança pelos mais herdeiros.

Entre nós chamão-se *precipuos* os bens desobrigados de collação, assim como os que tem de sahir da terça *inteiros*, antes de ser ella partilhada pelos outros herdeiros ou legatarios.

Por isso no caso deste § diz a Ord.—*precipuas* e *in solidum*.

(4) *Para que as desembargarmos.* A primeira edição diz:—*os* desembargarmos. A expressão *que* podia supprimir-se.

A edição nona de Coimbra parece-nos mais correcta, pois refere-se ás doações Regias.

(5) *Casamentos*, i. e., dotes.

(6) *Quasi-castrenses.*

« Não se deve, diz T. de Freitas na *Consol.* nota ao art. 1217 § 3, hoje distinguir os bens das Doações Regias, que a Ord manda considerar—*quasi-castrenses.* » Elle os reputa *adventicios*.

Na nota ao art. 179 da mesma obra, diz, que as denominações de bens em *profecticios*, *adventicios*, *castrenses* e *quasi-castrenses* devem desapparecer de nossa Legislação, visto como as Leis devem ser accessiveis á todas as intelligencias, e taes denominações não devem passar dos livros de sciencias.

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 186 § 8 designando as Doações *Regias* por bens quasi-castrenses, citando esta Ord. do liv. 3 t. 9 § 3, declara em nota:

« Digo em geral *doação Regia*, e assim se lê na citada Ord. do liv. 3 t. 9 § 3: pois, ainda que o citado t. 97 § 10 falla das Doações Regias feitas ou promettidas em casamento ou ajuda delle, com tudo no § 12 falla com a referida generalidáde de quaesquer doações de juro, ou vitalicias. Vide liv. 2 tit. da *Collação.* » Este trabalho, infelizmente, não conseguio o autor levar á effeito.

(7) *Profecticios.*

Vide nota precedente, e a nota (3) ao pr. deste titulo á pag. 971.

E isto que dito he, haverá lugar, e se guardará nos casamentos, e ajudas para elles dadas, ou promettidas por Fidalgos e outras quaesquer pessoas (1), que não sejão ascendentes per linha direita daquelles, á que os casamentos, ou ajudas para elles derem; porque nas doações feitas pelos ascendentes se guardará o que per Direito fôr determinado (2).

M.—liv. 4 t. 77 § 8.

11. Porém, se a vontade e tenção dos que as doações e mercês fizerem, fôr que se hajam de partir e vir á collação, deve-se declarar expressamente nas doações(3); porque o que declaradamente ácerca disto per os doadores fôr dito e ordenado ao tempo, que as doações fizerem, mandamos que se guarde (4).

M.—liv. 4 t. 77 § 9.

12. E as cousas de juro(5), que alguns de Nós trazem, ou em vida, e as tenças, que são em vida, ou em quanto fôr nossa mercê(6), que os pais, ou mãis, ou avós nos requerem, que em suas vidas as ponhamos em cada hum de seus filhos, ou netos, e por nos disso aprazer, lhes mandamos fazer cartas das ditas cousas em hum filho, ou neto; determinamos, que quando as taes cousas dermos a filho, filha, ou outro descendente per consentimento do pai, mãi, ou avô, que a dita tença, ou cousa de Nós, ou da Corôa de nossos Reinos tinha, a dita cousa, ou tença, ou estimação della não venha á collação, nem se impute em sua legitima por morte do que a soltou ou traspassou (7).

M.—liv. 4 t. 77 § 10.

13. E dando o pai, ou mãi a seu filho bens de raiz, se os tiver, quer sejam dados em certo preço, quer não, tral-os-ha á collação a seus irmãos, se os tiver (1). Porém, se o dito filho tiver feito bemfeitorias nos ditos bens de raiz, depois que lhe assi forão dados, fique-lhe escolha (2) trazer á collação os ditos bens assi como stão(3), com tanto que os irmãos lhe paguem as bemfeitorias, que nelles tiver feitas; e se antes quizer trazer o preço (4), que valiam

---

(1) *E outras quaesquer pessoas.*

« Esta disposição, diz Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 186 n. 11, he singular neste Reino (Valasco—*de Partit.* cap. 15 n. 27). »

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*d*) a pag. 92, nota (*c*) a pag. 368, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t 2 § 8 nota, e liv. 3 t. 12 §§ 12 e 13, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 122, to. 3 pag. 498. e to. 4 pag. 363, e *Obrig.* pag. 107, 236, 276, e 383.

(3) *Expressamente nas doações.*

Se nada se declarar na escriptura, observa-se o disposto no § precedente.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords* to 1 nota (*a*) a pag. 587, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 515, e *Obrig.* pag. 236.

(5) *E as cousas de juro.*

Mercêz pecuniarias importando uma renda vitalicia, que as vezes se tornavão hereditarias.

Chamavão-se outr'ora á esses titulos, e os que resultavão das dividas do Estado—*Padrões de juro.*

Vide Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 186 § 8 e nota.

(6) Esta Ord. como a precedente entende-se restrictivamente (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 516, notas (*d*) e (*e*) a pag. 583, e to. 4 nota (*d*) a pag. 475).

(7) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 2 § 8 nota, e liv. 3 t. 12 § 12, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 122, to. 3 pag. 515, *Obrig.* pag. 107 e 236.

---

(1) *Se os tiver.*

Daqui resulta, que em regra os bens devem ser conferidos *em substancia* (Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 483).

(2) *Fique-lhe escolha.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 1211 e nota diz o seguinte:

« No caso de optar pela collação dos proprios inmoveis doados, entrão estes no monte da herança e podem na partilha ser aquinhoados a outro herdeiro, ou devem sempre ser aquinhoados ao herdeiro que os conferio? A Ord. não explica, e na praxe do nosso Fôro entende-se em *todos* os casos que os bens doados se devem lançar ao quinhão do herdeiro que os conferio.

« Ainda *não vi* exemplo do contrario.

« Quando Pereira de Carvalho—*Lin. Orfan.* § 60 nota 115 diz que compete aos dotados a preferencia á respeito dos bens por elles conferidos, e que he nos bens doados que o Juiz deve mandar fazer a legitima dos co-herdeiros que os conferirão, sem que nelles dê parte alguma aos outros co-herdeiros, deve-se entender relativamente á collação *ficta* (nota 1196 supra), e não relativamente a collação *verdadeira*, tanto assim que esse Praxista authorisa-se com a Ord. liv. 4 tit. 97 § 3. »

Vide nota (4) ao pr deste tit.

(3) *Bens assi como stão.*

« Em regra, diz Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 483, os bens devem conferir-se *em substancia* (Ord. do liv. 4 t. 57 § 13.

Notando aquelles que se achão sujeitos á esta obrigação, estabelece as seguintes excepções, para os que tem de ser por *estimação*.

1.—Os bens de Praso.

2.—Os que o filho donatario alienou (Ord. deste liv. § 14).

3.—Os dotados em patrimonio para o filho se ordenar (Portugal—*de Donat.* liv. 1 præl. 2 § 5 n. 40).

4.—Assim como, quando na herança ha mais bens da mesma qualidade, sufficientes para prehencher as legitimas dos outros co-herdeiros (Cod. Civ. Francez art. 859). »

No scholio accrescenta:

« Igualmente o filho não confere a doação *em substancia*:

1.—Se o pai doador o desobriga da collação (Lobão—*Obrig. recip.* § 601 e Cod. Civ. Francez art. 843).

2.º—Quando o filho não quer ser herdeiro (Ord. deste tit. pr. e § 22).

3.º—Assim como tambem recebe os proprios bens, que lhes forão deixados à titulo de legado, com tanto que em qualquer destes casos as doações ou deixas se possão imputar na terça (Lobão—*Notas á Mello* liv. 3 t. 12 § 12 n. 4 ê seguintes). Mas sempre o valor de taes doações vem ao acervo, para se poderem computar exactamente as *legitimas* § 350).

« Ainda no caso de conferir os bens na *substancia*, sempre a doação lhe fica salva até onde chegar a *terça*.

« O interesse do filho, que *não quer ser herdeiro*, he escapar ás dividas do pai (Lobão—*Acç. Sum.* Diss 6). »

(4) *E se antes quizer trazer o preço.*

Carvalho no *Proc. Orphan.* nota 116 diz o seguinte:

« He nos bens doados que o Juiz deve mandar fazer a *Legitima* dos co-herdeiros, que os conferirão, sem que nelles dê parte alguma aos outros (Ord. do liv. 4 t. 97 § 3).

« Deve porém isto entender-se sómente no caso, em que a herança tenha tantos bens de raiz, quantos sejão sufficientes para se prefazerem as legitimas dos

ao tempo(1),que lhe foram dados,podel-o-ha fazer.

E se os bens stiverem danificados, tendo respeito ao tempo, em que lhe foram dados, fique escolha aos irmãos constranger ao dito seu irmão trazel-os assi como stão, e mais a estimação do dano (2), ou que traga o preço, que valiam ao tempo, que lhe foram dados. As quaes escolhas, assi no caso das bemfeitorias, como dos danificamentos haverão lugar somente,quando as bemfeitorias ou danificamentos chegarem á quarta parte do preço(1),que os bens valiam ao tempo, que lhe foram dados(2).

M.—liv. 4 t. 77 § 11.

14. E se aquelle, a quem os bens foram dados em casamento, os não tiver (3), por os ter vendidos, doados ou alheados, será obrigado trazer á collação o preço (4), que valiam

---

mesmos co-herdeiros. por que desapparecia a igualdade da Partilha que a lei tanto recommenda, se um levasse todos os bens de raiz, e as legitimas dos outros se fizessem em moveis, semoventes, dividas, ou tornas.

« Supponhamos que um Pai dèo em dote á um filho *todos* os bens de raiz do seu casal, e que por morte se não achão outros alguns bens de semelhante qualidade, ainda que com effeito se achasse muitos de todas as outras : ou supponhamos que havendo mais bens de raiz ao tempo da doação, alem dos doados, o Pai os alienou todos : deverá por ventura o co-herdeiro, á quem se fez semelhante doação, ficar com todos os bens de raiz, que ella comprehendêo, e fazerem-se as Legitimas dos outros em immoveis, semoventes, dinheiro, ou tornas ?

« Estou persuadido que não :

1.—porque desapparecia, como já disse, a igualdade da Partilha, a qual não consiste sómente em levar cada co-herdeiro um quinhão igual, mas em o levar da *mesma* qualidade de bens.

2.—porque ficaria no arbitrio dos pais, o beneficiar um dos filhos com prejuizo dos outros, tirando-lhes aquillo, que a lei lhes dá, e sendo os arbitros da futura partilha, o que a Lei reprova.

3.—porque em tal caso haveria uma rigorosa venda do excesso da Legitima, venda prohibida entre Pais e filhos, pela Ord. do liv. 4 t. 12, e nulla inteiramente pela falta de pagamento da sisa, na conformidade da Ord. do liv. 1 t. 78 § 14.

« Concluo portanto que se os bens de raiz doados, e conferidos excederem muito aos que devem entrar na legitima desse co-herdeiro, que os conferio, no excesso delles se devem prefazer a Legitima dos outros co-herdeiros, apesar da doação, que só confere *direitos de preferencia* nos termos habeis, sem offensa da Lei, e sem prejuizo de terceiro. »

(1) *Que valião ao tempo.*

Loureiro no *Dir. Civ. Braz.* § 470 observa o seguinte quanto aos dotes :

« Podendo por tanto acontecer, que o pai ou mãi *não possua* ao tempo da sua morte bens nenhuns, ou que possua *tão poucos*, que não cheguem para preencher aos filhos *indotados* as suas justas Legitimas; pergunta-se : Em cada um desses dous casos poderá o filho, ou filha escolher o tempo, em que o dote, ou doação foi feita ? »

Apoiando-se em Mello Freire—*Inst.* liv. 3 tit. 12 § 13 diz que o § 4 desta Ord. deve ser entendido de modo, que sempre fique salva a legitima dos outros filhos, na fórma das terminantes disposições dos §§ 3 e 5 da mesma Ord.

Esta jurisprudencia, acha o mesmo Loureiro, justa, legal, e sem replica, e a desemvolve em dous corollarios.

Não obstante a mesma jurisprudencia he combatida por Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 3 art. 1669, sustentando a nosso ver com rasão, que nunca se poderá exigir do filho ou filhos dotados que contribuão para o estabelecimento dos outros co-herdeiros com mais de um terço do que receberão de dote (*Cod. da Prussia* art. 315).

Coelho da Rocha tambem partilha a opinião de Corrêa Telles no scholio ao § 353 do seu *Dir. Civ.* explicando-se nos termos já expostos na nota (3) do § 4 deste tit.

(2) *E mais a estimação do dono.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 1212 pondera o seguinte :

« *Com indemnisação do damnificamento*, o que se deve entender, quando os immoveis damnificarão-se por culpa dos herdeiros donatarios, e não quando o damnificamento fosse puramente motivado por caso fortuito ou força maior, ou pelo uso.

Quid, se o immovel doado fôr um edificio em chão alheio, que totalmente se perca por incendio ou outra cousa ? Respondo que, tendo havido culpa da parte do donatario, deve elle conferir o valor do tempo da doação, e não a tendo havido, que nada tem a conferir e indemnisar. Confirma Lobão—*Obrig. recip.* § 676. »

(1) *A quarta parte do preço.*

Logo excedendo, he visto, que cessa essa faculdade da escolha.

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep das Ords* to. 1 nota (*d*) á pag. 294, e nota (*a*) á pag. 517, e Almeida e Sousa—*Notas a Mello* to. 3 pag 512, e *Obrig.* pag. 236, 406, 430, 469 e 470.

(3) *Os bens..... dados em casamento, os não tiver.*

Aqui não ha exclusão se os bens são moveis ou de raiz, pois que a Lei não distingue.

T. de Freitas na nota ao art. 1214 da *Consol.* observa o seguinte :

« O caso de já não possuir o donatario os bens doados comprehende, o de tê-los alienado, e se o § 14 da Ord. tambem refere-se a moveis, deve elle conferir o preço primitivo, ou tem a opção do § 15 ? E note-se que estes dous § fallão ambos de doações em casamento. »

Continuando accrescenta :

« Não tendo o donatario alienado, o immovel doado e não se dando as duas hypotheses do § 13 da Ord. (t. 97), he claro que o immovel deve ser conferido pelo seu preço *actual*, quer fosse doado em preço certo quer não, como he expresso no começo desse § 13. Lobão—*Obrig. recip.* § 665 e 667.

« Não parece pois exacta a expressão do § 61 das *Linh. Orfan.* de Pereira de Carvalho, tanto mais por que confunde o caso de traser o co-herdeiro os bens á collação com o caso diverso em que elle se abstem da herança. »

(4) *Será obrigado trazer á collação o preço.*

Convem notar que se os bens doados tiverem perecido sem culpa nem dólo do donatario, como no caso de incendio ou inundação, cessa a obrigação (Silva Pereira—*Rep. das Ords* to. 1 nota (*a*) a pag 518 e Valasco—*de Partit.* cap. 10 de n 12 em diante).

Carvalho no *Proc. Orphan* nota 117 diz o seguinte:

« Sendo a doação de *bens de raiz*, deve fazer-se differença; porque ou os bens doados existem ainda em poder do donatario, ou não: se não existem, devem necessariamente conferir-se pelo que valião ao tempo da doação; se existem, deve ter-se em consideração se estão damnificados, ou melhorados: no primeiro caso devem conferir-se pelo que valião ao tempo da doação, excedendo as damnificações á quarta parte do valor; no segundo devem conferir-se pelo que valem ao tempo da collação, quando os outros co-herdeiros pagarem exactamente todas as bemfeitorias (Ord. do liv. 4 t. 97 § 13 e 14). »

Liz Teixeira no *Dir. Civ.* to. 3 pag. 238 diz o seguinte :

« Ainda que tanto o dote, como outra qualquer doação, se rescindisse por inofficiosidade contra os descendentes na parte, em que excedem a *legitima* do donatario e a *terça* do doador, ha differença em quanto ao tempo de determinar-lhes o valor:

« Dá-se em bens do dote ou o mesmo valor, que tinhão, quando aquelle foi feito; ou o que tem ao tempo da morte do defuncto, segundo a escolha da dotada: mas se a doação he de outra especie, ou *não foi feita para casamento*, não tem lugar tal escolha, e se determina sempre o valor por aquelle, que os bens tem ao tempo da morte do defuncto, como he expresso na cit. Ord. § 4.

ao tempo, que lhe foram dados em casamento (1).

M.—liv. 4 t. 77 § 12.

15. E se lhe forem dados em casamento bens moveis, e os ainda tiver, tral-os-ha á collação no stado, em que ao tempo da partilha stiverem (2), quer lhe fossem dado em preço certo (3), quer não. E não os tendo para os poder trazer (4), trará a estimação do que valiam ao tempo, que lhe foram dados em casamento, ou outros bens moveis taes (1) como elles eram ao tempo, que lhos deram, qual elle mais quizer (2).

M.—liv. 4 t. 77 § 13.

16. E quando o filho que stá com seu pai, ou com sua mãi, ou com ambos, ganhar alguma cousa por seu trabalho (3), quer antes de casado, quer depois, ou lha nós dermos (4), ou qualquer outra pessoa (5), não será obrigado de a trazer á collação aos outros seus irmãos depois da morte de seu pai, ou mãi, postoque a demandem, salvo se o ganhou com os bens do pai, ou da mãi (6), vivendo e

---

« Alguns porém rejeitão a escolha do valor, quando *o dote he estimado* para se não attender ao que tem no tempo da morte do doador, mas he certo que *esta escolha* he um *privilegio do dote*, e que aquella lei não distingue o *estimado* do que não foi estimado, o que parece tolher-nos tal distincção.

« Cumpre porém advertir, que a escolha, de que fallamos em quanto ao tempo do valor dos bens dotados, he tão somente com relação a inofficiosidade do dote por excessivo; por quanto, quando os bens tem de conferir-se, e existem na pessoa obrigada á collação, vem a esta *em substancia*, e não por estimação, excepto tendo nella feito bemfeitorias, caso em que lhe fica a escolha de os conferir como estão, pagando-lhe aquellas os irmãos, ou de conferir o preço, que valião ao tempo, em que lhe forão dados. »

Continuando accrescenta:

« Comtudo esta obrigação de conferir os bens em *substancia* he procedente, quando existem, pois se estão alienados confere-se o preço, que valião ao tempo da doação em casamento. cit. Ord. § 14. »

(1) Vide Ord. deste tit § 4, Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) a pag. 517, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to 3 pag. 513, *Fascic.* to. 3 pag. 46, e *Obrig.* pag. 236, 406 e 409.

(2) *No stado, em que ao tempo da partilha stiverem.*

« Do texto segue-se, diz T. de Freitas na *Consol.* art. 1215, que nada influe a deterioração dos bens *moveis* dados em casamento, ao contrario da deterioração dos bens immoveis, doados, segundo o disposto no § 17 desta Ord. Nada influe, porque o donatario os confere no estado em que se acharem, sem haver investigação de culpa da sua parte.

« *Quid*, se a doação de bens moveis não foi para casamento? A Ord. he silenciosa. e applica-se indistinctamente a disposição do seu § 15. »

(3) *Em preço certo*, i. e., estimados.

« De ordinario, diz T. de Freitas—*Consol.* em nota ao art. 1215, attende-se ao preço certo em que as doações forão feitas. »

(4) *E não os tendo para os poder trazer.*

Vide nota (3) ao pr. deste tit. a pag. 969.

T. de Freitas na *Consol.* art. 1216, exprime-se nestes termos:

« *Se o donatario já os não possuir*—; o que pode dar-se, ou por ter alienado os bens moveis doados, ou por havê-los totalmente perdido. Na primeira hypothese, a Ord. faculta conferir o preço da avaliação primitiva, e por tanto não attende ao preço da alienação dos bens. Na segunda hypothese, forçoso he reconhecer que o donatario só tem obrigação de conferir quando os bens moveis doados perderão-se por sua culpa, e não quando a perda foi puramente motivada por caso fortuito ou força maior, ou pelo uso. Lobão—*Obrig. recip.* § 676.

« Como os bens moveis podem ser *fungiveis* ou não fungiveis, tambem he forçoso reconhecer que o § 15 da citada Ord. só procede quando os bens doados são não fungiveis. Quanto aos fungiveis, *genus nunquam periit*, e o herdeiro donatario está sempre obrigado a vir a collação, como acontece quando as doações são *de dinheiro*. Assim he igualmente no caso do art. 1209, quando o herdeiro donatario tem já conferido metade da doação, pois que a outra metade, a conferir no segundo inventario, toma caracter fungivel. »

Continuando accrescenta:

« Como os escravos entrão na classe dos bens moveis, estão comprehendidos no § 15 da citada Ord. e nas distincções que acima tenho feito, sobre o caso da perda total.

« O fallecimento dos escravos doados he um destes casos, reputa-se caso *fortuito* em quanto não se prova o contrario; e por tanto o donatario não tem obrigação de conferir o valor dos escravos doados que fallecêrão. E *não tendo* tal obrigação, não tem a de conferir os filhos dos mesmos escravos doados fallecidos, applicando-se neste caso o disposto na citada Ord. pr. ou no art. 1207 supra. »

Esta opinião do sabio Jurisconsulto está de accordo com a que sustentou de que os filhos dos escravos são *fructos*, ou novidades.

(1) *Ou outros bens moveis taes.*

Esta disposição, segundo attesta T. de Freitas na *Consol.* na nota ao art. 1216, não está em uso.

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (e) a pag. 294, nota (a) a pag. 518, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 513, *Fascic.* to. 3 pag. 46, e *Obrig.* pag. 236, 476 e 409.

(3) *Ganhar alguma cousa por seu trabalho.*

Os bens assim adquiridos são chamados *adventicios* (Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 4 nota (d) a pag. 2, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 186 n. 19).

(4) *Ou lh'a nós dermos.*

Refere-se as antigas Doações Regias.

Vide nota (2) ao § 10 deste titulo.

Mas estes bens são por lei reputados *quasi-castrenses.*

(5) *Ou qualquer outra pessoa.*

Vide nota (3) supra.

(6) *Salvo se os ganhou com os bens de seu pai ou mãi.*

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 307 diz sobre este objecto o seguinte:

« Os bens, ou fortuna, que o filho ganha pelo seu trabalho, ou industria, não sendo por conta ou mandado do pai, são isentos do poder paternal, assim em quanto ao usufructo, como em quanto á administração: com tanto que esse trabalho ou industria: 1º ou fosse exercida fóra da economia e mesa do pai, ainda quando fossem deste os capitaes: 2º ou fosse exercida na economia ou mesa do pai, mas com capitaes, que não erão delle: nem taes ganhos vem a collação por morte dos pais (Ord. liv. 4 t. 97 § 16, Valasco—*de Partit.* cap. 13 n. 181, e Lobão *á Mello* cit. § 13 n. 13 e seguintes).

« Se trabalhava por conta do pai, os lucros são deste, e devem vir á collação por morte delle. »

Mais adiante na nota Q exprime-se desta sorte referindo-se á alteração que fez a Ord. quanto ao direito dos differentes peculios do filho, a jurisprudencia Romana:

« Ainda que a nossa Ord. liv. 4 t. 97 no fim do pr. e no § 17 se refira aos bens *profecticios*, no sentido do Direito Romano, e os mande vir á collação; e no § 19 falle dos adventicios no mesmo sentido; com tudo na doutrina do § 16 estabelece uma differença notavel, em quanto chama á collação unicamente os lucros, *que o filho ganhou com os bens do pai, ou mãi; vivendo, e estando com elles, e governando-se com os bens destes*: de maneira que tanto os ganhos, que elle teve, não vivendo, nem estando com os pais, v. g., as suas soldadas, os seus jornaes; como os lucros, que elle tirou de uma negociação com fundos de um terceiro, ainda que se governasse com os bens dos pais, ou com fundos destes, mas fóra da sua mesa, os quaes pelo Direito Romano

stando com elles, e governando-se com os bens delles (1). Porque em este caso o pai, ou mãi devem haver e receber tudo; e depois que morrer o pai, ou mãi, os irmãos o partirão entre si, depois que partirem com o que ficar vivo, e haja cada hum sua parte. E ainda que o filho se governe com os bens do pai, ou da mãi, se com os bens delles o não ganhar, não será obrigado a trazel-o á collação (2).

M.—liv. 4 t. 77 § 22.

17. E se o filho que stiver debaixo do poder de seu pai, houver delle alguns bens, ou que delle procedessem (3), e stando sob seu poder, fallecer o pai, trará á collação a seus irmãos tudo aquillo, que assi houve de seu pai, e bem assi todos os ganhos (4), que dos ditos bens procederam, se os houve, vivendo e stando com o pai, ou mãi (1).

M.—liv. 4 t. 78 pr.

18. E ganhando o filho, que stiver sob poder de seu pai, alguns bens em acto militar (2), ou em acto de Letras (3), postoque o pai morra, stando o filho sob seu poder, não trará os taes bens á collação a seus irmãos, porque todos esses bens e ganhos, que delles procederem, são proprios desse filho, que os ganhou (4).

M.—liv. 4 t. 78 § 1.

19. E se o filho, stando sob poder de seu pai, ganhasse alguns bens per outra alguma via (5), que se chama em Direito adventicia (6), haverá o filho a propriedade delles, e o pai os usos e fructos (7), em

---

e rão do pai; pelo nosso são livres do filho, visto que a lei o allivia de dar conta delles na morte do pai.

« Foi por esta razão que abandonámos o methodo, que tinhamos seguido na 1ª edição na redacção deste artigo, não fazendo agora menção das differentes especies de peculios. Nos Codigos modernos tambem se acha adoptado o principio geral de que he livre dos filhos tudo o que elles ganhão pelo seu tradalho e industria em separado do pai. »

(1) *E governando-se com os bens delles.*

Neste caso os bens são *profecticios*, e estão como os do pr. desta Ord. sujeitos á collação.

T. de Freitas na *Consol.* art. 1208 nota, faz sobre esta Ord. as seguintes considerações:

« Não he porem extensiva á collação ás *dividas passivas* dos descendentes para com os seus ascendentes fallecidos, ou para com as heranças destes, ao contrario do que se dispõe no Cod. Civ. Francez art. 828, e do que diz Lobão—*Obrig. recip.* § 664.

« Seguem-se por tanto que as dividas passivas dos herdeiros para com a herança, como se os devedores fossem pessoas *estranhas*, não se imputão por inteiro em seus quinhões hereditarios

« Partilhão-se por todos os herdeiros, na mesma proporção das outras dividas activas da herança, e este systema tem a vantagem de impedir a fraude dos herdeiros contra seus credores, reduzidos á cobrar-se pelo que da herança possa vir; fraude que he frequente em nosso Fôro, por combinação do herdeiro devedor com o Inventariante e mais co-herdeiros, simulando dever á herança, e burlando até embargos e penhoras feitos no resto das contas do inventario

« Tenho visto muitas vezes imputar no quinhão dos herdeiros a totalidade do que devem á herança, quando aliás só se lhes deve imputar uma parte da divida na proporção de sua quota, devendo-se aos outros herdeiros as partes respectivas.»

(2) Vide Barbosa do respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 517, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 12 § 12, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 90 e 126, e 276, to. 3 pag. 217, e *Obrig.* pag. 15, 111 e 236.

(3) *Bens, ou que delle procedessem.*

Vide nota (1) ao § 16 supra.

Neste caso entrão tambem os bens alcançados por contemplação do pai (Valasco—*de Partit.* cap. 13 de n. 4 em diante).

Ha grande differença entre as doações feitas ao filho emancipado, e ao que vive sob o patrio poder; por quanto a doação feita ao primeiro só he em substancia imputada na sua legitima, ou a respectiva estimação, e na do segundo, não só se contempla o objecto dado, como todos os lucros (Carvalho—in cap. *Raynaldus* p. 4 cap. 1 n. 149).

(4) *Todos os ganhos*, i. e., lucros, proveitos.

Vide nota (2) ao § 16 deste titulo supra.

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 518, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 4 § 13 e liv. 3 t. 11 § 20, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 90 e 276, to. 3 pag. 217 e *Obrig.* pag. 15 e 236.

(2) *Bens em acto militar.*

São os bens designados em Direito pelo nome de *castrenses*, i. e., os que o filho adquirio pelas armas, ou por occasião da profissão militar.

Chama-se *castrense* por vir da palavra *castra* — arrayaes.

A Ord. do liv. 3 t. 9 § 3 diz—*em acto de guerra.* A expressão—*em acto militar* he mais ampla.

Vide Valasco—*de Partit.* cap. 13 n. 1 e seguintes, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) a pag. 518, to. 2 nota (*a*) a pag. 479, e to. 4 nota (*f*) a pag. 2.

(3) *Ou em acto de Letras.*

São os bens, denominados—*quasi-castrenses* os que o filho adquire pelas Letras, como pela Magistratura, Advocacia ou Professorado, ou qualquer arte liberal ou Officio publico, ou pelo Clericato, ainda de Ordens menores ou *intuitu Ecclesiæ.*

As antigas Doações Regias tambem se reputavão bens *quasi-castrenses* (Ord. deste tit. § 10).

Vide Ord. do liv. 3 t. 9 § 3, Barbosa no respectivo *com.* n. 3, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) a pag. 519, e to. 4 nota (*a*) a pag. 3.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep.* nos lugares *supra* notados, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 12 § 12, e Almeida e Sousa—*Notas a Mello* to. 2 pag. 113, to. 3 pag. 217 e 524 e *Obrig.* pag. 98, 99, 110 e 236.

(5) *Bens per outra alguma via.*

São os bens *adventicios.* Nesta classe se comprehendem os adquiridos por legitima da mãi, arte mechanica, jornaes, soldadas, etc.

Mas em materia de collação os bens da mãi reputão-se *profecticios.* Vide nota (3) ao principio deste titulo *in fine.*

(6) *Em Direito adventicia.*

Vide nota (3) ao § 16 supra.

(7) *E o pai os usos e fructos.*

He esta uma differença capital entre os bens *adventicios*, e os *castrenses* e *quasi-castrenses*, pois nestes o dominio he pleno, assim como o usufructo e administração.

Vide Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 §§ 187 e 188.

Por uso das Nações modernas, diz o mesmo Jurista no § 188 n. 22, o pai não toma para si o usufructo dos bens que o filho pela sua arte ou trabalho ganhou *fóra da terra*, e que trouxe quando a ella se recolheu (*Strikio*—liv. 15 t. 1 § 5). »

E em nota accrescenta:

« Estendem esta doutrina á todos os bens que o filho ganha sem ser pelos bens do pai ou pelos serviços e trabalho filial que lhe deve prestar, como, por soldadas, jornaes, artes mechanicas, etc., pois dizem não ser

quanto o filho stiver sob seu poder; e tanto que fôr emancipado(1), ou casado, logo lhe serão entregues, para delles haver o senhorio cumprido(2), como de sua cousa propria. E se o pai fallecer, stando o filho sob seu poder, haverá o filho todos esses bens assi como seus proprios, e não os trará á collação a seus irmãos, nem parte alguma delles (3).

M.—liv. 4. t. 78 § 2.

20. Se o avô fizer em sua vida doação de alguma cousa a seu neto, ou neta (4), filhos de seu filho, ou de sua filha, trazel-a-ha á collação depois da morte de seu avô, se quizer entrar á sua herança com seus tios (5), irmãos de seu pai, ou mãi, filhos do dito seu avô, que lhe fez a doação, se a esse tempo o pai, ou mãi dos ditos netos vivo não fôr (6).

M.—liv. 4 t. 79 pr.

21. E sendo ainda ao tempo da morte do avô vivo o filho, ou filha, pai, ou mãi do neto, ou neta, a que foi feita a doação pelo avô, querendo o pai, ou mãi do neto ou neta entrar á herança de seu pai, ou mãi, trará á collação a seus irmãos aquillo que por seu pai, ou mãi foi dado ao neto, ou neta, filho, ou filha desse, que quer entrar á herança de seu pai, ou mãi com seu irmão, ou irmãos.

Porque, pois a doação foi feita pelo avô ao neto por contemplação de seu pai (1), ou mãi, se esse pai, ou mãi quer entrar á herança do avô com seu irmão, he justo que traga á collação tudo aquillo, que por sua contemplação foi dado pelo avô a seu filho, ou filha, ainda que todos sejam vivos. E não querendo o dito filho, ou neto entrar a partilha, se terá a maneira, que acima dissemos.

E tudo o que se descontar ao filho na successão de seu pai, ou mãi pela doação, que fez á seu neto, se contará na legitima (2) ao dito neto pelos seus irmãos(3), quando se finar o pai, ou mãi, a que assi foi descontado (4).

M.—liv. 4 t. 79 § 1.

22. E por quanto muitas vezes acontece, que algumas pessoas compram alguns bens, que outros trazem emprazados em certas

---

justo privar o filho do fructo do seu suor, nem o que se adquire pela Milicia ou Advocacia ser mais favoravel, que o que se lucra pelo commercio, industria, agricultura, etc. Vide Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 4 § 13 nota Groeneweg, Gudlin em Strikio cit. § 5: o qual comtudo *dissente* desta opinião. »

Quando o pai não tem o usufructo dos bens *adventicios* do filho, chamão-se estes bens adventicios *irregulares* ou *extraordinarios*.

Vide em Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 31 § 189 quaes são esses bens, e T. de Freitas—*Consol.* art. 179 e nota, e art. 180 § 1 e nota.

(1) *Emancipado*, i. e., isento do patrio poder.

Vide Ord. do liv. 1 t. 88 § 6, e deste liv. t. 50 § 2, t. 87 § 7.

(2) *Senhorio cumprido*, i. e., dominio completo, perfeito, absoluto.

Senhorio proveitoso he o dominio util contraposto ao *directo* (Ord. do liv. 3 t. 47 pr.).

Senhorio maior he o dominio eminente do Rey ou do Estado (Ord. Affon. liv. 3 t. 74 § 2).

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 297, e to. 2 nota (*e*) a pag. 483, e nota (*c*) a pag. 885 e to. 4 notas (*d*) e (*e*) a pag. 2, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 4 § 13, t. 6 § 3, e liv. 3 t. 12 § 12, e t. 13 §§ 5 e 6, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pags. 495 e 503, *Notas á Mello* to 2 pags. 225 e 233, to. 3 pag. 524, e *Obrig.* pag. 40, 46, 65, 111, 122 e 236.

(4) *Doação.... á seu neto ou neta.*

Se esta doação fôr *remuneratoria* não vem á collação, assim se fôr feita menos por contemplação de seu pai mas por merito especial (Barbosa no *com.* respectivo, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 700).

(5) *Com seus tios.*

« Procede, diz T. de Freitas—*Consol.* art. 1219 em nota, esta providencia ainda mesmo que o neto donatario *não* concorra com tios á herança do avô, concorrendo somente com seus irmãos.

« Quando o neto donatario concorre com seus tios, tambem deve trazer á collação os bens que a seu pai forão doados por seu avô. Não assim quando concorre somente com seus irmãos, porque todos estes participarão dos bens que a seu pai fallecido forão doados por seu avô. »

Esta doutrina não nos parece admissivel em vista da letra da Ord., e do que diz Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 322, que mais abaixo copiamos em nota ao § 21.

(6) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 519 que he importante, to. 3 nota (*a*) a pag. 700, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 124, to. 3 pag. 487, 491 e 524, *Fascic.* to. 3 pag. 12 e *Obrig.* pag. 110, 236, 365, 368 e 379.

(1) *Por contemplação de seu pai.*

Consequentemente o que fôr doado por outro motivo liberta da collação.

Vide nota (1) ao § 20 supra.

Ha quem pense que deve-se ter esta Ord. como presumpção *juris et jure*, entendendo-se que o que o avô dá ao neto he sempre por *contemplação do pai* (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) a pag. 585).

Pelo contrario quando a doação provém de pessoas estranhas (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 170).

(2) *Se contará na legitima.*

Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 322, traz a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa:

« De illa *difficili* quæstione, an dos data filiæ, *ista mortua*, superstite patre, nepos teneatur, nec ne dotem conferre? Vide Valasco—*de Partit.* cap. 12 n. 62, e outros. »

Continuando diz:

« A commum e bem fundada opinião distingue entre o caso em que o neto concorre com primo, ou com tio: no primeiro caso não confere; porque succede *jure proprio:* no segundo deve conferir, ou porque então representa o grão, ou porque seria iniquo que ficassem os tios de peior condição, que a filha dotada sua irmã (Valasco—*de Partit.* cap. 12 n. 53 e seguintes, Guerreiro—*de Division.* liv. 2 cap. 11 n. 40, e outros).

« *Potest tamen dubitari* ex Pereira—*Dec.* 3: a opinião de que deve conferir, pode ter lugar, quando o dote he constituido, segundo Direito Commum, como *inter Magnates* se pratica, e se estipula no caso de morte restituir-se ao dotador, e não aos filhos, porque então *accipitur ab avo.* »

(3) *Ao dito neto pelos seus irmãos.*

Cumpre notar que se o filho tiver renunciado a herança do pai, nada se lhe descontará neste caso na herança do avô (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) a pag. 585).

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* nos lugares supra notados, Ag. Barbosa—*Castigat.* n. 323, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 12 § 13, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 124, to. 3 pag. 489 e 495, *Fascic.* to. 3 pag. 12, e *Obrig.* pag. 110, 236, 366, 378, 379 e 381.

pessoas(1) com auctoridade dos senhorios, e os ditos compradores em sua vida(2), ou por seu fallecimento nomeam cada hum de seus filhos, e entre o dito nomeado e os outros irmãos se seguem duvidas e contendas, se trará o dito nomeado á collação, ou lhe será imputado em sua legitima a valia do dito Prazo, ou dinheiro, que seu pai por elle deu, ou se haverá o Prazo precipuo(3), sem os irmãos terem contra elle direito algum sobre elle. E isso mesmo(1) alguns hão per emprazamento de certas pessoas alguns bens danificados, ou matos maninhos, e fazem em elles muitas bemfeitorias e despezas, e nomeam algum filho, e os outros requerem que traga á collação a valia do dito Prazo, ou o que o pai nas bemfeitorias gastou.

Querendo Nós a isto prover, mandamos que, se o pai, ou mãi tiver algum emprazamento, que lhe seja feito em pessoas, ou para elle e para seus filhos(2), ou para elle e para sua mulher e hum filho, que dantre ambos nascer, ou o que derradeiro delles nomear, e em sua vida o der em casamento(3), ou per outro titulo a cada hum de seus filhos, e o nomear ao dito Prazo, seja obrigado o dito filho a o trazer á collação(4), se quizer herdar com seus irmãos(5), ou lhe será imputado em seu quinhão a valia e estimação do Prazo(6), que valia ao tempo, que lhe foi dado. E se o pai, que lho deu, fôr a derradeira pessoa, trará á collação o que valia na vida do pai, que lho deu.

E não lhe sendo dado em vida do pai, ou mãi, mas nomeando-o sómente ao Prazo para depois de sua morte, não será obrigado trazer o Prazo, nem a valia delle á collação, nem lhe será imputado em sua legitima, nem descontado della, salvo se fosse comprado, ou acquirido do dinheiro, ou fazenda do pai, ou mãi, que o nomeou, ou posto que não fosse comprado, tivesse o nomeante feitas muitas bemfeitorias e despezas nelle(7): porque nestes casos será o

---

(1) *Bens...... emprazados em certas pessoas.*

Vide sobre este versiculo a nota (5) á Ord. deste liv. t. 38 pr.

Coelho da Rocha tratando da forma da successão dos Prazos classifica-os da forma seguinte no *Dir. Civ.* § 535:

« Os aforamentos, ou Prazos de vidas podem ser:

« 1º de *livre nomeação*, quando a cada um dos Emphyteutas fica livre nomear o successor, que quizer, sem restricção; *a*) ou esta liberdade lhe seja expressamente conferida na investidura, ou *b*) se subentenda, por não apparecer nella providencia em contrario (Lobão—*Dir. Emphy.* § 364 nota).

« He esta a especie de que falla a Ord liv. 4 t. 36 e 37.

« 2º Ou de *nomeação restricta* a certa qualidade de pessoas (*de pacto e providencia* na phrase dos Praxistas).

« Esta depende das clausulas insertas na investidura, que a Ord. liv. 4 t. 35 § 2 *in fine* manda observar.

« Entre estas clausulas arbitrarias, e por conseguinte mui variadas, merecem notar-se duas especies principaes, por serem mais ordinarias:

« 1. A dos Prazos *familiares puros*, ou *de geração*; nos quaes a successão he restricta ás pessoas da familia, ou geração da primeira vida.

« 2. Dos *familiares mixtos*, em que a livre nomeação só tem lugar na falta de filhos e descendentes (Ord. do liv. 4 t. 37 § 6). »

No scholio apresenta o mesmo Jurista as formulas ordinarias das *investiduras* destes Prazos, expressando-se assim:

« *Prazos de livre nomeação:* a formula era esta:—*para Jeronymo, em primeira vida ; esta nomeará a segunda em quem lhe parecer ; e a segunda nomeará da mesma fórma a terceira:* ou simplesmente :—*a primeira nomeará a segunda, e esta a terceira.*

« *Prazos familiares puros :* a formula era esta :—*para João em primeira vida: para segunda um filho, ou filha, que nomear; para terceira um neto, ou neta; e na falta destes nomeará uma pessoa da familia, ou geração, donde vem o Prazo :* ou—*para João e sua mulher em primeira e segunda vida; e em terceira um filho, ou filha de entre ambos ; e na falta de filhos a segunda nomeará uma pessoa da geração, donde vem o Prazo.*

« *Prazos familiares mixtos:* a formula era esta—*para Antonio e sua mulher em primeira e segunda vida; e para terceira um filho, ou filha de entre ambos; e na falta de filhos nomeará quem lhe parecer.* Lobão—*Dir. Emphyt.* § 107.

« Encontram-se Prazos com muitas outras clausulas de vocação extraordinaria, como de varonia, de primogenitura, de exclusão dos Clerigos, etc. »

Consulte-se a mesma obra nos §§ 533 e 536, e notas X, Y, Z AA, e onde vem esboçada a historia do contracto emphyteutico, e alterações que teve a respectiva Legislação em Portugal.

Ellas são mui interessantes, habilitando o leitor a fazer uma idéa clara e justa deste contracto.

(2) *Compradores em sua vida.*

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 482 scholio tratando da collação dos Prazos diz o seguinte:

« Seguindo os antigos principios de Direito Emphyteutico, os Prazos de vidas são em beneficio do senhorio, sujeitos ás Leis, que este lhes impôz, e não entrão no patrimonio do casal, nem por conseguinte devem vir á massa partivel.

« Porém porque seria demasiadamente duro, que um filho, a quem o pai nomeou o Prazo em vida, privasse o casal dos fructos, e depois o levantasse *precipuo*; por isso a Ord. do liv. 4 t. 97 § 22, o manda conferir, quando o filho percebeu o usufructo: não assim se este foi percebido pelo pai até a sua morte. »

(3) *Prazo precipuo*, i. e., livre de collação.

---

(1) Vide nota (3) á Ord. do liv. 1 t. 10 § 1.

(2) *Ou para elle e para seus filhos.*

Vide nota infra ao § 24.

(3) *Em casamento*, i. e., em dote.

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 584.

(4) *Trazer á collação.*

Corrêa Telles na *Interp.* § 24 observa o seguinte:

« Diz a Ord. do liv. 4 t. 97 § 22 que quando o pai nomear, e logo entregar ao filho o Prazo de vidas, seja este por morte do pai obrigado a traze-lo á collação, se quizer herdar com seus irmãos.

« Parece ter esta lei tido em vista indemnisar os irmãos do lucro cessante proveniente da privação do usufructo, ao qual o pai nomeante se sujeitára.

« Mas poderá o filho nomeado eximir-se de conferir o valor do Prazo, offerecendo-se a conferir os rendimentos desde que o pai lh'o entregou? Julgo que não, porque a Lei o não diz; e porque se se fizesse, destruir-se-ia a Lei mesma. Veja-se Egidio—a L. *ex hoc jure* p. 1 cap. 11 n. 70 e Cordeiro—*Dub.* 32 n. 17. »

(5) *Se quizer herdar com seus irmãos.*

Vide nota (3) ao § 3 deste tit. á pag. 972 col. 1.

(6) *Valia e estimação do Prazo.*

Convem notar que se o filho absteve-se da herança, não podem os credores obriga-lo a pagar o Prazo, que elle recebeu por estimação, pelo preço da compra (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 notas (*a*) e (*b*) a pag. 915, onde sobre o assumpto se lê trez notas do Dez. João Alvares da Costa).

(7) *Muitas bemfeitorias e despezas nelle.*

Corrêa Telles na *Interp.* § 108 exprime-se nestes termos a respeito desta parte do presente §:

« As bemfeitorias dos Prazos de vidas feitas pelo marido são communicaveis á mulher (Ord. do liv. 4 t.

filho nomeado obrigado trazer á collação, ou lhe será contado em seu quinhão o preço, por que o Prazo foi comprado, ou o que valia ao tempo, que o houve, qual o filho nomeado mais quizer.

E assi lhe será contado no caso das bemfeitorias o preço, que o Prazo mais valer por razão dellas ao tempo, que elle houver o Prazo, ou o que custaram as ditas bemfeitorias, qual elle mais quizer. E isto não se entenderá em algumas despezas e bemfeitorias pequenas, nem em algumas outras, que o nomeante de necessidade, conforme á Direito, sem outra convenção das partes, nem condição posta no contracto emphyteutico, he obrigado fazer(1).

M.—liv. 4 t. 77 § 32.

23. Mandamos(2), que depois que huma vez se fizer partilha do preço, ou das bemfeitorias de alguma propriedade foreira em vidas, por ser comprada pelo defuncto, ou ter nella feitas bemfeitorias(3), as quaes se avaliaram e partiram já na partilha(4), que huma vez se fez dos bens do dito defuncto, não tornem outra vez á collação, nem se avaliem para a partilha, que se fizer daquelle, que houve a tal propriedade, e pagou o preço della, ou as bemfeitorias, que nella foram feitas: salvo se de novo houver outras bemfeitorias feitas por aquelle que a houve, e de cujos bens agora se faz a partilha; porque neste caso se partirão sómente, e virão á collação as bemfeitorias, e o preço dellas, que de novo se fizeram(1).

24. E se algum homem(2), sendo casado per carta de ametade, comprar alguns bens foreiros para si e certas pessoas(3), a que os taes bens per nomeação devam vir, sua mulher será meeira na valia do Prazo, ou no preço(4), que os bens custaram. E bem assi, quando o marido fizer nos bens fo-

---

97 § 22 e 24). Mas não assim aquellas bemfeitorias que o marido fez antes de com ella casar, porque nestas cessa a razão da Lei. Veja-se Oliveira no *Rep. das Ords.* art. *Meeira he a mulher* to. 3 nota (c) pag. 490; e art. *Mulher* pag. 611 nota (*a*). »

(1) Vide Ass. de 21 de Maio de 1797, Barbosa no respectivo *com.* que he importante, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*e*) a pag. 298, e notas (*a*) e (*b*) a pag. 584, e to. 3 notas (*a*) e (*b*) a pag. 915, Pereira de Castro—*Dec.* 96, Phœbo—*Dec.* 115 n. 18, 19 e 20, Cordeiro—*Dub.* 35 e 40, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 19, 22 e 24 nota, t. 12 § 9, e Almeida e Sousa—*Fascic.* to. 1 pag. 21 e 29, *Dir. Emphy.* to. 1 pag. 75, 351, 360 e 405, to. 2 pag. 174 e 217, to. 3 pag. 75, 142, 148, 307, 408 e 475, *Execuções* pag. 311, *Notas á Mello* to. 2 pag. 391, to. 3 pag. 450 e 512, *Obrig.* pag. 236, 360 e 375, e *Avaliações* pag. 97 e 98.

(2) Na primeira edição a numeração deste § está errada, pois tem o algarismo 18, assim como os §§ 24 e 25 tem o de 19 e 20, o que Cabedo notou nas *Erratas* que publicou.

(3) *Bemfeitorias.*

Corrêa Telles na *Interp.* § 49 observa o seguinte a respeito desta disposição:

« Diz a Ord. do liv. 4 t. 97 § 23, que depois de uma vez se fazer a partilha do preço, pelo qual foi comprado pelo pai defuncto um Prazo de vidas, não torna a partir-se este Prazo por morte daquelle que ficar com elle. »

« Para bem entender esta lei he preciso considerar o motivo della, e o contexto do § 22, que he como preambulo.

« O Legislador considerou, que se o Prazo não tivesse sido comprado, o preço por elle dado seria partivel entre os filhos do comprador: todas as vezes pois que os filhos não fiquem iguaes naquelle preço, não obstante a primeira partilha deve na seguinte fazer-se uma divisão exacta do mesmo preço, aliás não se executaria a intenção da Lei.

« Assim se por morte da mulher do comprador fosse adjudicado a este em meação o preço, que pelo Prazo dêo, morto elle, o filho que ficar com o Prazo deve dar aos irmãos a sua parte do custo que o pai por elle dêo. Veja-se o *Repertorio* no art. *Mulher he meeira* to. 3 pag. 613. »

(4) *E partirão já na partilha.*

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) a pag. 917, Cabedo—p. 2 *Dec.* 111 n. 7, e Pereira de Castro—*Dec.* 121 n. 1.

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 22 nota, e Almeida e Sousa—*Dir. Emph.* to. 1 pag. 351 e 354, to. 2 pag. 112, to. 3 pag. 141, *Execuções* pag. 223, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 512, e *Obrig.* pag. 236.

(2) Vide nota (2) ao § supra.

(3) *Para si e certas pessoas.*

Vide nota (1) ao § 22 supra á pag. 981 col. 1.

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 535 ssholio, diz o seguinte:

« Os Prazos fateusins podem tambem ser, ou para todos os successores geralmente, ou limitados *para filhos, e descendentes.* Ord. liv. 4 tit. 96 § 24. Tal distincção porém nos fateusins não póde ter outro uso, se não na especie da mesma Ord., isto é, que os primeiros, *para todos os herdeiros e successores*, communicam-se entre marido e mulher: e os segundos, *para filhos e descendentes*, não. A disposição da Ord. liv. 5 tit. 6 § 18, hoje difficultosamente se poderá executar.

« Os antigos Praxistas insistiam principalmente na classificação de Prazos *hereditarios* e *familiares*, que abandonamos, por ser mais difficil de entender e de applicar no estado actual.

« Cumpre notar aqui a distincção entre Prazos *ecclesiasticos* e *seculares*, ainda que hoje tenha menos importancia, do que antigamente. Os *ecclesiasticos* são os aforamentos de bens da Igreja, ou porque se possa ainda averiguar essa origem; ou ao menos por ser o senhorio directo corporação d'antes sujeita á Jurisdicção ecclesiastica, como os Cabidos, Misericordias, Irmandades, etc. Se porém a origem dos bens se pode provar ter sido profana, ainda que hoje pertença a Igrejas, ou corporações ecclesiasticas, o Prazo não deixa de ser *secular*, como os de bens da Corôa possuidos por estas Corporações. »

(4) *Sua mulher será meeira na valia do Prazo, ou no preço.*

Corrêa Telles na *Interp.* § 47 observa o seguinte:

« A Ord. do liv. 4 t. 97 § 24 diz que a mulher será meeira na valia do Prazo comprado pelo marido, ou no preço que elle custou. Não declara porém se esta escolha he da mulher, se do filho successor do Prazo.

« Valasco—*de Partit.* cap. 26 n. 15 suppre esta falta de declaração da Lei com a regra de Direito—*in alternativis electio est debitoris:* de forma que dá a escolha ao filho successor.

« Parece-me mais conforme á equidade, e ao contexto da Lei, que a escolha seja da viuva; porque ella fica já de peior partido em receber a sua metade em dinheiro, e não em bens; e porque se o marido tivesse comprado por vinte, o que valesse somente dez, recebendo cinco soffreria uma perda consideravel por culpa do marido, contra a regra—*non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri* L. 74 ff. *de reg. jur.*

« Bem como se o marido houvesse comprado por dez, o que valesse vinte, aceitando cinco, metade do custo deixaria ella de ter parte naquelle lucro, contra a outra regra, que a mulher he meeira em todas as perdas, e ganhos provenientes dos contractos do marido. Ord. do liv. 4 t. 60 e Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 9 § 18. »

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 612 apresenta a seguinte questão:

reiros grandes despezas e bemfeitorias (1), segundo a declaração do paragrapho 22: *E por quanto*, quer esses bens houvesse per compra, quer per outro qualquer titulo, será sua mulher meeira (2) na valia das ditas bemfeitorias (3).

M.—liv. 4 t. 77 § 33.

25. E o filho (1), ou filhos, que o pai nomear serão obrigados pagar á mulher do nomeante, quer seja sua mãi, quer não, se ella em a nomeação expressamente não outorgou a parte, que do preço do Prazo, ou bemfeitorias lhe pertence, como acima temos dito. E ficando ella nomeada em tal Prazo, será obrigada satisfazer aos herdeiros do marido a sua parte da valia delle, ou bemfeitorias, qual ella escolher (2), pela maneira, que em os filhos dito he. E esta maneira se terá com o marido, quando o Prazo fôr da mulher (3).

M.—liv. 4 t. 77 § 34.

TITULO XCVIII.

Em que casos não poderá o pai haver o usufructo dos bens do filho (4).

O pai não haverá o usofructo nos bens

« *Quid* se morta a mulher o marido na primeira partilha pagar aos filhos a meação do preço, pelo qual foi comprado o Prazo, guardando a sua, deverá o filho depois de encabeçado no mesmo Prazo, conferir aos irmãos a importancia da meação do pai? »

Duvida que foi julgada affirmativamente por Carvalho, Pegas e outros Jurisconsultos transcrevendo o mesmo *Rep.* as seguintes notas do Dez. João Alvares da Costa, contendo dous casos julgados desta forma:

« Ord. do liv. 4 t. 97 § 23, *ibi:* Anno de 1677, *Judicibus* Quifel, Meirelles, Freire, Alvares, Coelho: *scriba* Lourenço Corrêa Torres, et postea Diogo Soares da Gama; partes José Gomes Teixeira com Paula Branca, *judicatum fuit*, quod pars Emphyteusis, seu pretii adjudicari conjugi, debet iterum conferri, mortuo alteri conjuge.

» E na appellação de Christovão Gomes de Paiva com o Capitão Matheus da Silva, *scriba* Domingos Dias do Couto, eodem anno *judicatum*, quod totum pretium est conferendum in secundis divisionibus, quando in primis uni conjugi tota Emphyteusis fuit adjudicata, tum propter præjudicium filiorum, quia parens, si lucrantur bona allodialia, haberet filii partem, et aliàs unus conjux totum pretium lucraretur. »

Depois de apontar mais outros casos julgados com denegações de Revista, apresenta o mesmo Silva Pereira a opinião do referido Dez. João Alvares da Costa sobre a questão nos seguintes termos:

« *Nota*, que morrendo um dos conjuges se dá partilha da ametade do Prazo, e tem muitos para si, que morrendo depois o outro conjuge se não deve partir a outra ametade, por ter já o Prazo vindo em partilha, o qual partido uma vez não entra mais em Juizo divisorio.

« O que parece mais coherente he, que se pela morte do primeiro conjuge se encabeçou o Prazo, que custou v. g. cinco mil cruzados, e vale vinte mil cruzados, em um filho, e este dér á sua irmã a legitima de cinco mil cruzados, e a sua mãi ametade, que são dez mil crusados; ao depois, morrendo a mãi, não deve o encabeçado dar partilha ao irmão, porque viria a comprar todo o Prazo, e ficar sem legitima: se porém o Prazo ficar na mãi, se deve então da sua ametade, que não foi partida, dar partilha; o contrario seria iniquo.

« E se o Prazo ficar em um dos conjuges sem tornas, parece que não entrou na partilha da herança, e ha de vir todo na segunda partilha, para igualar os filhos. Porém se o Prazo fôr inteirado com mais bens, e adjudicado a uma parte, não torna á partilha havendo tornas. »

(1) *Grandes despezas e bemfeitorias.*

Este versiculo está de accordo com outro do § 22—*isto não se entenderá em algumas despezas, e bemfeitorias pequenas.* Ao prudente arbitrio do Juiz compete discernir quaes são as despezas grandes ou modicas ouvindo as partes.

São estas as despezas que compete ao Emphyteuta fazer para melhorar o Prazo.

(2) *Será sua mulher meeira.*

Se os melhoramentos ou bemfeitorias se fizerem antes do casamento, não se dá nellas meação (Ord. deste liv. t. 95 § 1), e por tanto deixão de communicar-se, e assim se julgou em 1678 conforme attesta o Dez. Oliveira na seguinte nota, transcripta por Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 490:

« *Quid* in melioramentis ab altero conjuge *ante matrimonium* factis, an communicentur?

« Vide Caldas—*de Emphyteusi* cap. 27 n. 35 e 36. « E julgamos, que não se communicavão, na causa de aggravo do Porto do Dez. Christovão Coelho com Francisco Araujo, em Agosto de 1678, de que se pedio e negou Revista. »

Consulte-se ainda o mesmo *Rep.* to 1 nota (*c*) a pag. 274, e Corrêa Telles—*Interp.* § 108 na nota (7) ao § 22 deste titulo.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 8 § 13, e Almeida e Sousa—*Dir. Emph.* to. 1 pag. 351, 370 e 390 e to. 3 pag. 142, 308 e 405, *Notas á Mello* to. 2 pag. 311, 349, 361, 367, 391, to. 3 pag. 450 e 512, e *Obrig.* pag. 236.

(1) Vide nota (2) ao § 23 supra.

(2) *Qual ella escolher.*

Está de accordo com a opinião de Corrêa Telles—*Interp.* § 47 que copiamos na nota (4) ao § 24.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Valasco—*de Partit.* cap. 26 n. 18, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 11 § 24, e Almeida e Sousa—*Execuç.* pag. 150 e 160, *Dir. Emph.* to. 1 pag. 236, 239 e 351, *Notas á Mello* to. 2 pag. 361, 376 e 459, e *Obrig.* pag. 236.

(4) *Usufructo dos bens do filho.*

Os bens dos filhos de que os pais podem colher usufructo são os chamados em Direito *adventicios*, em cujo numero entrão os da legitima materna (Ord. do liv. 1 t. 88 § 8), não obstante chama-los *profecticios* a Ord. deste liv. t. 97 pr. para o fim tão somente das collações.

T. de Freitas na *Consol.* art. 179 nota, condemnando o uso das denominações dos bens dos filhos, em *profecticios*, *adventicios*, *castrenses* e *quasi-castrenses* por não serem accessiveis a todas as intelligencias, faz as seguintes observações:

«O Cod. de Com. art. 874 § 5 e Reg. n. 737—de 25 de Novembro de 1850, art. 620 § 3 empregão estas expressões, graduando para o concurso de preferencia os filhosfamilias como *credores de dominio* pelos bens *castrenses* e *adventicios*.

« São aqui applicaveis as observações da *nota* ao art. 123 sobre o *credito do dominio* da mulher casada pelos seus bens dotaes, paraphernaes, e outros de sua propriedade exclusiva. A disposição do Cod. do Com. art. 874 n. 5 e do Reg. n. 737 art. 620 § 3 só verifica-se no caso de serem susceptiveis de reivindicação os bens *castrenses* e *adventicios* dos filhosfamilias.

« Não ha reivindicação, e por tanto o credito de dominio, quando esses bens forem dinheiro ou outras cousas fungiveis, cuja identidade he impossivel provar.

« E qual a providencia da nossa Legislação commercial em favor da fortuna do filhofamilias, quando esta consistir em bens não susceptiveis da reivindicação? A providencia devia estar no art. 878 do Cod. do Com., dando-se ao filhofamilias em taes casos uma hypotheca tacita geral em todos os bens de seu pai fallido; mas ahi não se contempla esta hypothese, por não estar comprehendida no § 2 que dá hypotheca ao credor por herança ou legado. Tal hypothese só favorecerá ao filhofamilias em relação á sua legitima materna antes da partilha do casal.

« As disposições da novissima lei hypothecaria, transcriptas na nota ao art. 174 sobre a hypotheca legal dos filhos menores em relação ao pai que administrou bens *maternos* dos filhos, são perfeitamente applicaveis

adventicios do filho(1),que está sob seu poder, nos casos seguintes (2):

M.—liv. 4 t. 78 § 3 e 8.

1. O primeiro he, quando alguma cousa fôr dada, ou deixada ao filho sob tal condição(3),que não haja o pai o usofructo della, nem outro algum proveito(4).

M.—liv. 4 t. 78 § 4.

2. O segundo, se o pai renunciar o usofructo da cousa(5), e lhe aprouver de o não haver(6).

M.—liv. 4 t. 78 § 5.

3. O terceiro, se fôr dada e deixada alguma cousa a esse filho por outra pessoa, e o pai lhe denegar faculdade(7)para haver a dita cousa assi doada, ou deixada, não lhe querendo consentir que a haja, e o filho a houver sem seu consentimento(1).

M.—liv. 4 t. 78 § 6.

4. O quarto, se fôr dado e deixado o usofructo(2)de alguma cousa ao filho, por que, segundo Direito(3), não se póde de hum usofructo haver outro usofructo (4).

M.—liv. 4 t. 78 § 7.

5. O quinto caso he, se Nós dermos alguma cousa ao filho, quer movel, quer de raiz(5).

M.—liv. 4 t. 78 § 8.

---

ao pai que administrou bens adventicios dos filhos, mesmo porque, como pondera-se na nota ao art. 181 *infra*, os bens da legitima materna entrão na classe dos adventicios. »

(1) *Bens adventicios do filho.*

Os bens de que aqui se trata são os adventicios *irregulares* ou *extraordinarios*, em que o pai não tem usufructo.

(2) Vide Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 4 § 13, e liv. 3 t. 5 § 3, Almeida e Sousa—*Acc. Sum.* to. 1 pag. 495, *Notas á Mello* to 2 pag. 112 e 127, to. 3 pag. 219 e 556, e *Obrig.* pag. 112 e 117, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 305 e seguintes.

Sobre tudo consulte-se a nota Q ao § 307.

(3) *Condição.*

Esta condição não se pode impôr nos bens que o filho herda necessariamente, como a *legitima* materna. Barbosa no *com.* n. 2.

Outros sustentão a doutrina contraria. Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 928.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com*, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 131.

(5) *Renunciar o usufructo da cousa.*

Cumpre notar que o pai não pode fazer essa renuncia sem consentimento da mulher, nem com prejuiso dos outros filhos que devem herdar do casal e ainda dos credores (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 929).

Mas no caso de renuncia não fica o pai privado da adminisiração (Olea—*de Cessione juris* t. 2 qu. 3 n. 27, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 86 § 10 segunda parte.

Barbosa no *com.* á Ord. deste livro t. 97 § 19 n. 4 sustenta que o pai pode renunciar em prejuizo dos credores o usufructo, por se entender que fez doação desses rendimentos ao filho. Opinião que Borges Carneiro reputa *ardua.*

(6) Vide Barbosa no *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 55, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 929.

(7) *Denegar faculdade.*

Da mesma sorte tambem perde o usufructo se vender ou alhear essa cousa, e depois o filho recupera-la (Silva Pereira—*Rep.* supracitado, to. 3 nota (*a*) a pag. 930).

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 306 scholio diz o seguinte:

« Se o pai privado da administração dos bens do filho por dissipação, perde tambem o usufructo? O autor do *Dig. Port.* to. 2 art. 568, fundado na Ord. do liv. 3 t. 9 § 4, e na authoridade de Mendes de Castro ad Leg. *cum oportet.* Cod. *de bonis quæ lib.* n. 131, segue a affirmativa.

« Lobão nas *Notas á Mello* liv. 2 t. 4 § 12 segue a negativa a qual parece mais rasoavel He uma pena que se não pode impor sem Lei que a decrete. »

Vide mais adiante a nota (1) ao § 6 deste tit., e Assento de 20 de Julho de 1780, que para o caso tem todo o cabimento.

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*

(2) *Deixado o usufructo.*

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 189 n. 6 nota, diz o seguinte:

« Posto que em regra a privação do usufructo priva de todos os fructos e commodidades delle; comtudo no presente caso muitos Doutores como o Dez. João Alvares da Costa e Arouca no *Repertorio* to. 3 pag. 931 distinguem aquellas commodidades e fructos do usufructo; e opinão que o pai os deve perceber em quanto viver o filho. Porém esta distincção he opposta á natureza do uso-fructo, e parece insustentavel. »

Vide em Silva Pereira—*Rep. das Ords* to. 3 nota (*c*) á pag. 931 a nota do Dez. João Alvares de Costa, contestando a opinião do Dr. Antonio Pereira da Cunha, que designa por distincto professor, cuja opinião he tambem a de Borges Carneiro, e por certo *mais juridica.*

(3) *Segundo Direito.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 180 § 4, referindo-se á este § da presente Ord exprime-se nestes termos:

« *Porque* (diz a Lei) *não se pode de um usofructo haver outro usofructo*

« Esta Ord. tem revogado o Direito Romano, pelo qual, como se pode ver na L. 17 Cod. *de usuf.*, o usofructo, dado ou legado ao filho durava até o fallecimento do pai, embora o filho já houvesse fallecido, e isto segundo a regra *quidquid acquirit filius, acquiritur patri.*

« Não he porem exacta a razão que dá o nosso Legislador, isto he, que não se pode de um usofructo haver outro usofructo. Ao contrario, a doutrina reconhece que um usofructo pode recahir sobre outro usofructo, e tanto assim que na hypothese da nossa Ord. entendem escriptores Francezes que o Pai tem o goso do usofructo deixado á seu filho menor. Veja-se Proudhon—*Tratado do usofructo* n. 154 e 333.

« No *Rep. das Ords.* to. 3 pag. 931, entendendo-se a citada Ord. do liv. 4 t. 99 § 4, tambem se entende que, se o pai não tem o *usofructo* do usofructo deixado ao filho, tem todavia a *commodidade* do mesmo usofructo durante a vida do filho. E como essa chamada *commodidade* não seja mais do que o proprio goso dos bens, do mesmo modo que nos outros casos de usofructo paterno, resulta do *Rep.* uma conclusão opposta á determinação da Lei.

« Autorisa o *Rep.* sua imaginaria distincção entre o *usofructo* e *commodidade* com a L. 8 § 2 Dig. *de peric. et commod. rei venditæ*, mas seu engano he manifesto. Essa lei Romana como se pode ver nas notas de Godofredo, explica a differença dos effeitos entre a *constituição de usofructo* e *cessão de usofructo*, quero dizer, entre o usofructo que o proprietario constitue em sua cousa á favor de outrem, e o usofructo em cousa de outrem que o usofructuario cede a terceiro. Vide Lobão—*Obrig. recip.* § 205. »

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*

(5) Refere-se as antigas doações regias, hoje abolidas.

T. de Freitas no *Consol.* art. 180 § 5 referindo-se á estas doações diz em nota o seguinte:

« Não menciono a excepção do § 5, por que só a Assembléa Legislativa (*Const.* art. 15 § 15) pode declarar a alienação dos bens nacionaes.

6. Nem haverá outrosi usufructo dos bens dos filhos no caso, em que não fizer por morte da mãi delles inventario(1)dentro de dous mezes do dia do fallecimento della, como dissemos no Livro primeiro, no Titulo 88: *Dos Juizes dos Orphãos*, paragrapho 8: *E mandamos*.

M.—liv. 1 t. 67 § 6.

7. E em todos os outros casos (2) geralmente haverá o pai o uso e fructo nos bens adventicios (1) do filho, que stá sob seu poder (2), como dissemos no Titulo 97: *Das Collações* (3).

M.—liv. 4 t. 78 § 9.

TITULO XCIX.

Em que casos a mãi repetirá as despesas, que fez com o filho (4).

Nascendo algum filho de legitimo Ma-

« *As doações regias* entrão na ordem das doações dos particulares. »

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 189 n. 16, diz que a doutrina da Ord he verdadeira, porem inexactamente referida, pois taes doações não são bens *adventicios*, mas *quasi-castrenses* (Vide o § 186 n. 8 e seguintes da mesma obra).

Vide Ord. do liv. 3 t. 9 § 3, deste liv. t. 97 § 10, 11 e 12, Barbosa no respectivo *com.* e Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 932.

(1) *No caso em que não fizer........ inventario.*

Neste caso o pai tambem fica privado da administração (Ord. do liv. 1 t. 88 § 8, e liv. 3 t. 9 § 3, e Silva Pereira—*Rep das Ords.* to. 3 nota (*a*) pag. 933).

Mas esta pena não se incorre *ipso facto* (Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) á pag. 117). He indispensavel sentença, que julgue o pai incurso nesta pena (Ass. de 20 de Julho de 1780).

Cumpre ainda notar que o pai além dos encargos de administrar os bens que usufrúe, tem obrigação de alimentar o filho. E se os credores do pai penhorarem o usufructo, o filho pelos seus alimentos tem preferencia (Almeida e Souza—*Notas á Mello* liv. 2 t. 4 § 13 n. 26, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 art. 584).

A estes casos, outros accrescenta o Direito Romano; e são:

1.—Os bens em que o pai succedeu juntamente com o filho.

2.—Aquelles em que o pai devendo restituir *ex fideicommisso*, se houve nisso dolosamente,

3.—Os bens deixados ao filho quando ainda estava no ventre materno (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 825), doutrina que combatte Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 189 n. 17.

(2) *E em todos os outros casos.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 174, referindo-se a Ord. do liv. 1 t. 88 § 6, diz o seguinte:

« Por morte da mai o pai he legitimo administrador e *usufructuario* dos bens dos filhos, emquanto estiverem sob seu poder; e taes bens deve o Juiz dos Orfãos deixar em poder do pai, depois do inventario e partilha. »

E em nota accrescenta:

« Neste caso o pai tem um *direito real de usufructo*, creado pela Lei. Os Juizes dos Orfãos não podem obrigar o pai á vender os bens do seu usufructo para empregar o preço delle em compra de bens de raiz, ou de Apolices da Divida Publica, ou de acções de Companhias. Tudo isto pode fazer com consentimento do pai, e coagi-lo he um abuso de autoridade.

« Os filhos das escravas deste *usufructo legal* reputão-se *fructos*, e pertencem ao pai? Resolvo negativamente com o Direito Romano § 37 Institut. *de rer div.* ff. L. 27 *de hæred petit*— « Ancillarum etiam partus et partuum partus... ... fructus esse non existimantur, quia non temerè ancilla ejus rei causæ comparantur, ut pareant...... » L 28 § 1 ff. *de usur.* Todavia no tempo de Cicero, este caso ainda era controvertido (Cicero—*de finibus* liv. 1 n. 4).

« Os fructos ou rendimentos dos bens deste usufructo podem ser embargados ou penhorados por credores do pai? Este usufructo tem annexa obrigação de alimentar o filho: se os credores do pai o embargarem ou penhorarem, os filhos tem preferencia pelos seus alimentos (Lobão—*Notas á Mello* liv. 2 t. 4 § 13 e 26).

« Compete hypotheca legal (art. 3 § 3 da novissima Lei hypothecaria) aos filhos menores sobre os immoveis do pai, que administra os bens maternos dos mesmos filhos.

« A hypotheca legal dos menores (art. 3 § 11 da citada Lei) he geral, comprehensiva dos immoveis presentes e futuros, salvo se forem especialisados, determinando-se o valor da responsabilidade, e os immoveis á ella sujeitos. A inscripção da hypotheca do pai (art. 9 § 17 da citada Lei) devendo ser requerida pelo pai.

« Pode ser requerida (art. 9 § 18 da citada lei) por qualquer parente do Pai.

« Incumbe (art. 9 § 19 da cit. Lei) ao Escrivão do seu inventario ou da Procuradoria, ao Tabellião, ao Juiz de Direito em correição. »

(1) *O uso e fructo nos bens adventicios.*

São estes os bens adventicios regulares.

Convem observar que á respeito do usufructo o pai obra em Juizo e fóra delle por sua propria autoridade e arbitrio sem procuração do filho.

Da mesma sorte não he obrigado á dar contas. Por outro lado não pode o filho alterar os bens que o pai usufrúe.

As mães viuvas não tem direito á usufructo dos bens dos filhos, com grande injustiça (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 art. 615 e 616).

(2) *Filho, que stá sob seu poder.*

Consequentemente se o filho se emancipa, ou se casa cessa o usufructo e administração do pai, e toma o filho plena entrega dos seus bens (Ord. do liv. t. 88 § 6, e deste liv. t. 97 § 19).

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 188 n. 39 e seguintes exprime-se por esta fórma:

« Hoje esse usufructo e administração, qualquer que seja o modo porque o filho se emancipe, por ex:, pela sua dignidade, pela profissão do pai em Religião (*arg.* da L de 9 de Setembro de 1769 e § 85 do mesmo *Dir. Civ.* n. 1 e 10). »

Em nota accrescenta:

« Antes da citada Lei era esta doutrina mui controversa, e commumente se opinava que o pai conserva o usufructo durante a sua vida, e que o Mosteiro o administra; e mesmo que por sua morte o adquire, se he Religião capaz de possuir bens de raiz(*Rep.* to. 1 pag. 297 verbo—*Bens*, to. 2 pag 486 verbo — *Filho como* no versic. *Hinc*, e Barboza no *com.* á Ord. liv. 4 t. 87 § 19 n. 16).

Continuando no texto diz:

« Pela *morte natural* do filhofamilias não cessa o usufructo; mas continúa emquanto o pai viver (*Rep.* to. 3 pag. 925 verbo—*Pai* no versic.—*Et an.*

« Se porem o filho por morte dispôz da sua terça em favor de terceiro por doação *mortis causa*, etc. nos termos em que o pode fazer, opinão que nesta terça não continúa o usufructo do pai sobrevivente (*Rep.* to. 3 pag 922, e Gomes á L 6 *Tauri* n 12).

« Tambem não cessa o usufructo pela *morte civil* do filho, v. g., se professa em Religião, mas o conserva o pai, emquanto vivo (*opinião commum* no *Rep.* to 3. pag. 925 verbo—*Pay tem*, Portugal—*de Donat.* liv. 2 cap. 23 n 48, Barbosa no *com.* á Ord. do liv. 4 t. 97 § 19 n. 5, Caldas, Egidio no *Rep.* to. 2 pag 485 verbo—*Filho como* no versiculo—*Quid vero*, onde tambem se defende a opinião contraria). »

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 105, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 297, to. 3 nota (*a*) á pag. 924, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag 112, e *Obrig.* pag. 119, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 21 § 188 *in totum.*

(4) Vide sobre esta Ord. Barbosa no *com.* respectivo, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to 2 pag. 249.

O Ass. de 9 de Abril de 1772 confirmado pelo Alv. de 29 de Agosto de 1776, consignou differentes deliberações tomadas na Casa da Supplicação sobre os reciprocos deveres, que entre si tem de se alimentarem os Descendentes, Ascendentes, e Transversaes.

trimonio, em quanto durar o Matrimonio entre o marido e a mulher, elles ambos o devem criar ás suas proprias despesas, e dar-lhe as cousas, que lhe forem necessarias segundo seu stado e condição (1).

E apartado o Matrimonio(1) por alguma razão sem fallecimento de cada hum delles, a mãi será obrigada criar o filho até idade de a trez annos de leite sómente (2), e o pai lhe fará outra despesa necessaria para sua criação (3).

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 19 § 168 n. 1 e nota, exprime-se quanto á este assumpto desta maneira:

« *Regra geral.* Todo o individuo se deve alimentar a si mesmo : e somente recahe esta obrigação em seus pais ou parentes, quando elle não pode alimentar-se por não ter bens, nem poder ganhar o seu sustento (Ass. 5—de 9 de Abril de 1772 pr. e § 5 e 6, confirmado pelo Alv. de 29 de Agosto de 1776). »

E na nota diz:

« Este Assento procurou restringir a extensão que as opiniões e o uso do fôro Portuguez davão á obrigação de alimentos devidos por direito de sangue, a qual he uma excepção ou infracção á regra geral de Direito Natural e Civil, pela qual cada um se deve alimentar a si mesmo (cit. Ass. in pr.).

« Por este Ass. e Alv. que o confirmou, fica pois derogada á Ord. do liv. 4 t. 99 § 2 e 3, e do liv. 1 t. 88 § 10, pelas quaes somente na falta do pai deve o filho, findo o matrimonio, ser alimentado pelos seus proprios bens (Vide mais abaixo o n. 23 e seguintes). »

(1) *Criar......segundo seu stado e condição.*

A palavra *criar* importa *amamentar* e *alimentar.*

O dever de alimentar aos ascendentes resulta da obrigação, que lhes impôz a naturesa, de conservar e promover a felicidade daquelles, a quem derão o ser. Nos descendentes, provém do principio de reciprocidade e gratidão : mas nos irmãos, nasce unicamente do vinculo de sangue (Ass. de 9 de Abril de 1772 § 1 e 6).

A obrigação de alimentar de ordinario anda annexa ao direito de successão legitima (Cod. da Prussia p. 2 t. 3 art. 17).

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* no § 319 e scholio no § 318 diz o seguinte sobre a criação e alimentação dos filhos :

« Por alimentos entende-se, não só as despesas de sustento, vestido e habitação, e tratamento de molestias ; a que chamão *naturaes* : mas tambem as da educação, e de um tratamento decente, conforme os teres e qualidade das pessoas ; á que chamão *civis* (Ord. do liv. 1 t. 88 § 15 e 16 e Mello—liv. 2 t. 6 § 11).

« Os alimentos dos infantes, em quanto nada podem ganhar, chamão-se mais propriamente *criações.* »

No scholio ao § 318 exprime-se assim :

« A doutrina dos alimentos acha-se no Direito Romano no tit. *de agnosc. et alend. liber.*, unicamente emquanto á obrigação dos pais e ascendentes. A nossa Legislação sobre esta materia contem-se no Ass. de 9 de Abril de 1772, que Lobão explicou e commentou nas *Notas á Mello* liv. 2 t. 6 § 11, 19 e 25. Encontra-se igualmente em todos os Codigos modernos com pequenas variações.

« Cumpre notar, que aqui somente tratamos dos alimentos *legitimos* ou *jure sanguinis*, e não dos devidos por convenção, ou testamento. No citado Assento não se faz menção dos *Affins* ; porem o Codigo Civil Francez no art. 206 impõe a obrigação de alimentar-se reciprocamente entre os sogros, genro e nora ; assim como o da Prussia p. 2 t. 3 art. 61. »

A estas reflexões accrescenta Loureiro o seguinte no scholio ao § 107 do seu *Dir. Civ. Braz.* :

« Os alimentos distinguem-se em alimentos devidos por direito de sangue, e por força da lei, e taes são os de que tratamos, confirmados pelas Ords. citadas, e pelo tit. do Digesto *de agnoscend. et alend. liber.* ; e alimentos devidos por estranhos em rasão de contracto, ou testamento ; e taes são os de que trata o tit. do Dig. *de alim. et cibar. legat.* ; distincção esta que parece que o nosso Legislador tivera em vista na Ord. do liv. 3 t. 18 § 6, quando falla de—*alimentos...... devidos por Direito.*

« Na palavra—*alimentos* comprehende-se não só os *naturaes* que consistem nas cousas necessarias para a conservação da vida, como o mantimento, vestido, calçado, habitação, etc. ; mas tambem os *civis* ou destinados á instrucção e profissão dos filhos, segundo a sua condição, e conforme a qualidade, e posses dos pais.

« Os primeiros são significados na Ord. do liv. 1 t. 88 § 10, pelas palavras—*criar de leite, e de toda outra criação*, e no § 15, pelas palavras—*mantimento, vestido, calçado, e todo o mais*; e os segundos pelas palavras do mesmo § 15—*ler e screver........, vida e ensino, segundo a qualidade de suas pessôas, e fasenda* ; e pelas palavras no § 16—*serão postos á aprender os Officios de seus pais, ou outros, para que mais pertencentes sejão.* »

Consulte-se tambem Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 1 pag. 336 e 337, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 718, to. 2 nota (*b*) á pag. 498, e to. 3 nota (*b*) a pag. 476 e Valasco—*Cons.* 92 n. 1.

(1) *E apartado do Matrimonio.*

O Matrimonio aqui tanto he o simples — por costume do Reino, como o por dote e arrhas (Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 12).

« No matrimonio dotal, diz Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 19 § 168 n. 27 e nota, commumente se ensina que a sustentação dos filhos se deve fazer á custa dos pais e dos ascendentes paternos, e só em sua falta á custa da mãi e descendentes maternos (Strikio *cit.* to. 3 § 5, e Heinecio *cit.* § 262 e 263) : porem segundo o citado Assento de 8 de Abril de 1772 os avós somente entrão na falta dos *pais*, pela qual palavra parece querer entender-se o pai e a mãi. »

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 321 sustenta a doutrina de que no caso de separação do casamento, ao Juiz compete designar á qual dos conjuges deve ficar encarregada a criação dos filhos, e marcar a parte, com que cada um deve contribuir para os alimentar ; apoiando-se em Voet—*ad Pand.* liv. 25 t. 3 n. 6, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* liv. 2 t. 6 § 14.

Em caso de separação ou divorcio opina Valasco que, sendo o casamento dotal, deve o filho ser alimentado á custa do conjuge que deu causa ao divorcio, por ser esta a disposição das Leis Romanas (citada *Cons.* 92 n. 10, 11 e 12), porem *parece* que a culpa da mãi *não pode* extinguir a obrigação do pai (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 19 § 168 n. 32 nota *in fine*).

Da mesma opinião de Borges Carneiro he Loureiro no *Dir. Civ. Braz.* § 110 nota 52 nos seguintes termos :

« A opinião vulgar, que a mãi, *se he rica*, e deu causa á separação conjugal, deve alimentar os filhos, dedusida da *Novella* 117 cap. 7 he insustentavel entre nós á vista da generalidade da disposição acima copiada, áqual põe a cargo do pai toda a despeza necessaria para a criação do filho, alem da criação do leite, que incumbe á mãi se ella não fôr de qualidade, que com razão não possa, ou não deva criar seu filho aos peitos *sem distinguir* apartamento motivado pelo pai, ou pela mãi, sendo certo que, onde o Legislador não distingue, ninguem pode distinguir. A isso accresce, que nesse estado dos conjuges a mulher não participa do usufructo, que compete ao marido no peculio adventicio do filho, se elle o tem ; e nesse caso seria iniquidade onerar quem não tem commodos, para desonerar quem os tem. »

(2) *De leite somente.*

Esta obrigação dos trez annos não só comprehende a amamentação do filho, como pensa-lo, lava-lo, e outros bons officios maternos da educação, em que não ha despezas (Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 19 § 168 n. 30).

Loureiro no *Dir. Civ. Braz.* § 112 entende que no nosso paiz basta que a obrigação da mãi se estenda á um anno. Vide nota (4) á Ord. do liv. 1 t. 88 § 10.

Esta obrigação cessa :

1.—Se a mãi fôr de qualidade, que, como diz esta mesma Ord. ; não deva criar seu filho aos peitos, *scilicet*, por ser nobre, ou illustre, ou contra o costume da terra para taes pessoas (Ord. do liv. 1 t. 88 § 10).

2.—Se he tão pobre que precise sustentar-se pelo seu trabalho.

3.—Se não tiver leite bastante.

4.—Se estiver doente ou mui debil.

Vide Valasco—*Cons.* 92 n. 2, 3, 4 e 5, e Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to 3 nota (*b*) á pag. 477, e nota (*a*) a pag. 478, alem de Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 19 § 168 n. 31.

(3) *Criação.*

Com este vocabulo se designão os alimentos dos in-

Porém, se mãi fôr de qualidade (1), que com razão não deva criar seu filho aos peitos, o pai será obrigado a o mandar criar á sua custa no tempo de trez annos, assi de leite, como de qualquer outra despesa necessaria para sua criação (2).

M.—liv. 4 t. 68 pr.

1. E se o filho não fôr nascido de legitimo Matrimonio, quer seja natural, quer spurio, e de qualquer outra condição (3), a mãi será obrigada crial-o de leite até trez annos (4); e toda a outra despesa assi no dito tempo, como depois, será feita á custa do pai (5), como dissemos no filho legitimo. E se nos ditos trez annos a mãi fizer com o

---

fantes, emquanto nada podem ganhar (Coelho da Rocha —*Dir. Civ.* § 319 scholio).

(1) *Porem se a mãi fôr de qualidade.*

Vide nota (2) supra..

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Themudo—p. 1 *Dec.* 32 n. 3 e 5, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* nos lugares supra citados, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 4 § 10, t. 6 § 11, 12 e 16, e liv. 3 t. 5 § 3, Almeida e Sousa —*Notas á Mello* to. 2 pag. 249, 250, 256 e 257 e *Obrig.* pag. 3, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 19 § 168 *in totum*, e Loureiro—*Dir. Civ Braz.* de art 110 a 114.

(3) *E de qualquer outra condição.*

Parece que a Lei fallando em naturaes e espurios tinha comprehendido todas as especies de illegitimos. Coutudo parece que os filhos de *qualquer outra condição* erão talvez os *sacrilegos* e *incestuosos.*

Entretanto a obrigação que aqui se impõe á mãi, como no § inicial desta Ord., por argumento deduzido da Ord. do liv. 1 t. 88 § 11, e opinião de differentes Juristas citados por Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) á pag. 447, a mulher casada tendo filho espurio não he obrigada a cria-lo, assim como a solteira quando desse facto lhe possa resultar perigo de vida, ou de deshonra.

Loureiro no *Dir. Civ. Braz.* § 113 nota 53 exprime-se nestes termos :

« Não he necessario insistirmos na obrigação dos pais de alimentarem seus filhos illegitimos ; por que ninguem ha que desconheça que a lei natural impõe á quem he causa da existencia de um infante o dever de o conservar e aperfeiçoar, e por isso mesmo de o alimentar.

« Devemos porem accrescentar, com relação aos filhos sacrilegos, que o Papa Benedicto XIV—*de Synodo Diocesana* liv. 13 cap. 23 decidio que os Clerigos e Beneficiados erão obrigados a alimentar seus filhos illegitimos, não só pelos seus bens patrimoniaes, mas tambem pelos reditos ecclesiasticos. »

(4) *Cria-lo de leite trez annos.*

Loureiro no *Dir. Civ. Braz.* § 112 *in fine* diz o seguinte :

« Entre nós parece que vivemos sob um clima abençoado, que accelera o desenvolvimento physico, e moral dos infantes, quanto retarda o de Portugal, para cujos povos legislou a citada Ordenação (liv. 1 t. 88 § 10, e liv. 4 t. 99 pr. e § 1), quando estendêo até a idade de *trez annos* a obrigação natural, que tem as mães de amamentar seus filhos, he bastante que ellas o fação até a idade de doze mezes. »

Não nos parece fundada a razão de Loureiro; e acreditamos que, á falta dessa criação como o Legislador Portuguez determinou, he uma das causas do enfraquecimento das populações.

Vide nota (4) á Ord. do liv. 1 t. 88 § 10.

(5) *A custa do Pai.*

Esta disposição está de accordo com a da Ord. do liv. 1 t. 88 § 11.

T. de Freitas referindo-se á este versiculo diz o seguinte :

« *A custa do pai*:—bem entendido, se por escriptura publica tiver reconhecido o filho natural ; e tal he a consequencia do art. 3 da Lei de 2 de Setembro de 1847, que não admitte outra prova de filiação paterna na hypothese de estar vivo o pai.

« Se o filho fôr *espurio*, a disposição do texto he inexequivel em Juizo. Não se pode reconhecer filhos espurios. Se para a filiação natural paterna a Lei quer a prova da escriptura publica, não se pode suppôr que fosse indulgente para os filhos espurios admittindo toda a casta de provas, e facilitando processos escandalosos. »

Mantendo a mesma jurisprudencia diz em nota ao art. 221, referindo-se á Ord. do liv. 1 t. 88 § 11—que os parentes do pai não poderão ser demandados para tal fim, se não houver reconhecimento paterno por escriptura publica.

Discordamos desta doutrina, que não nos parece juridica.

Se nesta Ord. já se fazia differença entre a prova da filiação hábilitando para a herança, e a prova da mesma filiação para o fim de obter alimentos, he claro que a nova legislação de 1847 só teve em vista estatuir quanto a prova para herança, e não a respeito da habilitação para alimentos. Neste caso vigora a antiga praxe e legislação.

Do mesmo parecer he Perdigão Malheiro na sua obra—*Commentario á Lei n. 463—de 20 de Setembro de* 1847, na questão primeira á pag. 15 elucidando a duvida se a sentença obtida em acção de alimentos, provava a filiação para o fim de obter a herança, expressando-se desta forma :

« A Lei (de 1847) alterou a prova da filiação natural para a successão paterna, reduzindo-a *a escriptura publica* e *testamento*, nos termos dos arts 2 e 3 ; e portanto, dependente da *vontade do pai* para esse fim.

« Não *innovou*, porem, a legislação anterior quanto á essa prova para outros effeitos de Direito ; entre os quaes *os alimentos* e o *estado.*

«Nesta acção pois, são admissiveis todas as provas, mesmo conjecturaes, e nem se exige tanto rigor, *como para a successão* (Corrêa Telles—*Doutr. das Acç.* nota 68), ate por que, sendo os alimentos de obrigação natural, e não se dando a seu respeito os mesmos perigos que cerca a successão, nenhuma razão teria para as restringir a prova de filiação. »

Em outro lugar no mesmo art. diz :

« Tambem a existencia dos filhos *espurios*, isto he, sacrilegos, e incestuosos e adulterinos, pode ser uma verdade reconhecida por tal em acção de filiação, e de alimentos a que tem elles direito (Ord. do liv. 4 t. 99 pr. e § 1 e Ass. de 9 de Abril de 1772) ; mas nem por isso podem succeder, á pesar de tal sentença, por negar-lhe a lei esse direito hereditario. »

Entretanto o mesmo T. de Freitas na *Consol.* art. 222 e nota referindo-se ao § 1 do Ass. de 9 de Abril de 1772 não sustenta com rigor a sua opinião, dizendo desta sorte :

« Os filhos illegitimos, naturaes, ou espurios, estão no *mesmo caso* dos descendentes legitimos, guardando-se o disposto no art. 168, isto he, se por *defeito da natureza ou por outro principio*, forem so filhos tão inertes que não se possão alimentar á si mesmos (Ass. 5—de 9 de Abril de 1772 § 1, confirmado pelo Alvará de 29 de Agosto de 1776). »

E na nota accrescenta :

« He aqui ápplicavel o que fica dito na nota ao art. 220, mas com esta modificação. Os filhos espurios *não tem direito* para obrigar seus pais á prestação de alimentos senão quando houver sentença passada em julgado (*não provocada por elles*) que faça certa a filiação.

«Isto pode dar-se nos seguintes casos :

1.—Quando o filho fôr havido de um casamento contrahido de má fé, que venha a ser annullado pelos impedimentos da bigamia ou incesto.

2.—Quando se julgar que o filho concebido por uma mulher casada não tem por pai o marido de sua mãi.

3.—Quando uma sentença, não susceptivel de ser reformada, tiver por erro de facto, ou de direito, admittido uma investigação de paternidade, cujo resultado verifique uma filiação de coito damnado. »

Borges Carneiro, cuja opinião se conforma com a nossa, diz no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 19 § 158 em differentes numeros o seguinte :

« Esta obrigação (*de alimentos*) principia desde o momento do nascimento do filho.

« 5—E se estende mesmo ao embrião ; pois deve o pai alimentar a mãi desde a sua conceição. »

filho alguma despesa, que o pai he obrigado fazer, poderá em todo o caso cobral-a (1) e havel-a do pai (2), pois que a ella fez em tempo, que elle tinha essa obrigação (1).

M.—liv. 4 t. 68 § 1.

2. E em todo caso, onde o pai fôr obrigado pagar a criação do filho, se não tiver por onde o possa fazer(2), pagar-se-ha pelos bens do filho (3). E não tendo o filho bens, far-se-

---

Em nota com o n. 3 observa.

« Esta obrigação he tão forte que por Direito Romano e opinião dos Doutores a mãi, o patrono, e marido que nega sem razão alimentos ao filho, ao liberto á mulher, perde o direito de lhe succeder (*Strikio* liv. 25 t. 3 § 10) : o que entre nós não tem uso. »

Continuando diz :

« 7.—Ainda que o pai seja Clerigo, e mesmo pelos rendimentos do Beneficio (Barbosa—*com.* n. 9, e Bento XIV—*de Synodo Diocesana* liv. 13 cap. 4 n. 21).

« 8.—Que seja filho illegitimo e espurio, pois á este deve o pai tambem alimentar. »

E em nota accrescenta :

« Daqui vem a obrigação de o estuprador alimentar o filho da mulher que estuprou (*Strikio* liv. 48 t 5 § 23). E pode permittir-se-lhe tomar conta do filho e de o criar, especialmente se der caução de o bem faser (*Strikio* liv. 48 t. 5 § 27).

« Morrendo o filho da estuprada cessa a obrigação de prestar os alimentos á mãi, salvo se lhe houvesse promettido uma somma por junto em lugar, a qual então deveria por inteiro (*Strikio* liv. 48 t. 5 § 25). Deve tambem faser-lhe a despesa do enterro (*Strikio* liv. 48 t. 5 § 25, e § 140 do mesmo *Dir. Civ.*). »

« 9.—Inda que (*o filho*) seja nascido de coito damnado, como, incestuosos, sacrilegos, e adulterinos ; segundo a equidade do Direito Canonico que está recebido na pratica. »

Em nota diz :

« O Direito Romano nega alimentos ao filho nascido de incesto, sacrilegio ou adulterio (*Novella* 89 cap. ult.) disposição barbara, e que se deve interpretar dos alimentos *civis*, e não dos *naturaes*.

« 10.—E não só lhe dará os alimentos *naturaes*, mas tambem os *civis*, segundo a sua riquesa e condição, e a do filho e o numero dos filhos legitimos (Barbosa—*com.* n. 6, Gama—*Dec.* 201 n. 4 e Themudo—*Dec.* 36 n. 6).

« 11.—Não obstante a opinião contraria, *scilicit*, que só lhes deve os alimentos *necessarios* para viver (*Rep.* to. 3 nota (*a*) a pag. 943, Barbosa—*com.* n. 7, e Gama—*Dec.* 201 n. 4 e 443 n. 4). »

No mesmo § 168 n. 45 diz ainda o mesmo Borges Carneiro, referindo-se á esta Ord. :

« Todas estas disposições da Ord. sobre filhos legitimos e illegitimos, se devem considerar *ainda em seu vigor* depois dos citados Assento de 1772 e Alvará de 1776, excepto :

« 1º—que se os filhos tem bens seus, a criação se deve faser sempre á *sua custa*, com preferencia ao pai e á mãi :

« 2º—que na falta dos pais, se deve considerar a obrigação inherente aos outros ascendentes, e na falta destes aos irmãos pela mesma ordem. »

(1) *Poderá em todo o caso cobra-la.*

« Salvo se constar que a mãi fez a despesa com animo de doar.

« Esta excepção fundada no Direito Romano, diz Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 19 § 169 n. 3 e nota, he justa e admissivel, e só no caso della pode sustentar-se o *julgado* em Barbosa—*com.* n. 26, e opinado no *Rep.* to. 1 pag. 499, *scilicet*, que o pai não deve pagar os alimentos *preteritos* que a mãi deu ao filho. »

Barbosa no *com.* n. 26 aponta dous casos julgados sobre esta materia na Relação da Casa do Porto em 1592 e 1602 a saber que a mãi não pode repetir as despezas *preteritas* feitas com o filho.

(2) *E havê-la do pai.*

Na expressão *pai* se comprehendem os ascendentes, e a mesma obrigação passa aos herdeiros do mesmo pai (Barbosa no *com.* n. 8, e Borges Carneiro no n 46 do mesmo § 168 diz o seguinte acerca dos ascendentes :

« Fica escrito (no n. 23 e nota) que *na falta* dos pais devem os ascendentes do segundo grão (*avós*) criar o neto (citado Ass. de 1772 § 1) : no que se ha de entender que os ascendentes *paternos* precedem nesta obrigação aos *maternos*, por que nem a Ord., nem o citado Ass. revogarão o Direito Romano, segundo o qual os ascendentes *maternos*, só estão obrigados na falta dos paternos (*Strikio* liv. 25 t. 3 § 3). »

Na nota ao n. 23 do mesmo § Borges Carneiro diz ainda sobre esta materia o seguinte :

« Por Direito Romano o pai he quem deve alimentar o filho, como principal causa da sua existencia, e chefe de familia (*Heinecio* to. 4 § 261). Na falta delle (*por não existir ou não poder*) incumbe este onus ao avô e mais ascendentes pela *linha paterna* : na falta destes á mãi : na falta da mãi aos descendentes *maternos* (Heinecio to. 4 § 262 e 263 e *Strikio* liv. 35 t. 3 § 3, 4 e 5)

« Isto se entende igualmente dos avós *illegitimos* : e por tanto se o estuprador he *pobre* ou *ausente* (como muitas veses succede no mancebo filhofamilias) e seus pais ricos, recahe nestes a obrigação de alimentar o filho da estuprada, inda que esta ou seus pais sejão ricos (Strikio liv. 48 t. 5 § 24 e cit. Heinecio t. 3 § 4) : o que ainda hoje se deve entender em vigor ; pois as Leis põem ao estuprador a obrigação de dotar a estuprada, e de *alimentar o filho.* »

« A opinião de Mello Freire liv. 2 t. 6 § 15, diz Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 324 scholio, que impõe aos avós *paternos* a obrigação de alimentar os netos, primeiro do que á mãi, fundada no Direito Romano, repugna ao Ass. de 1772 e á presente Ord. O Codigo da Sardenha art. 116 impõe esta obrigação aos avós paternos, com preferencia aos maternos. »

Coelho da Rocha entende (§ 324) que a obrigação de alimentar os netos compete, na falta do pai ou da mãi aos avós paternos, ou maternos, *que melhores meios tiverem de os satisfaser.*

« Sendo o filho natural ou espurio, diz Corrêa Telles —*Dig. Port.* to. 2 art 517, deverá demandar os alimentos aos avós *maternos* com preferencia aos *paternos*, porque aquelles podem ter direito á successão do neto, e estes não (Strikio —*Us. mod.* sect. 1, member 2 § 6 e nota. *Aliter* o Codigo da Prussia p. 2 t. 2 art. 628). »

Esta doutrina com quanto rasoavel não tem sido recebida no nosso Fòro.

(1) Vide Ord. do liv. 1 t. 88 § 10 e 11, Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 727, to. 2 nota (*b*) á pag. 341, to. 3 nota (*b*) á pag. 476 e nota (*a*) á pag. 478, Mello Freire —*Inst.* liv. 2 t. 4 § 10, e t. 5 § 17, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 259 e 262 e *Obrig.* pag. 5.

(2) *Se não tiver por onde o possa faser.*

A obrigação dos pais e mãis ascendentes de alimentar os filhos cessa quando elles não tem o necessario para a sua propria manutenção, ou possuem apenas o indispensavelmente necessario para esse fim (Ord. do liv. 1 t. 88 § 10 *in fine* e Ass. de 9 de Abril de 1772 § 2).

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 19 § 168 n. 15 e nota, observa o seguinte :

« Seria injusto empobrecer o alimentante e vender-lhe os bens de raiz para sustentar o alimentario.

« Havendo-se arrematado alguns predios hereditarios para pagamento de alimentos de um dos co-herdeiros em execução de sentença por elle obtida, mandou o Dec. de 25 de Setembro de 1754 *suspender* a continuação das arrematações— « por não ter lugar, *diz*, a alienação de bens de raiz para alimentos, excepto em alguns casos extraordinarios, » — e impôz aos arrematantes a obrigação de indemnisarem os outros co-herdeiros, se viesse á mostrar-se que pelas ditas arrematações não lhes ficavam salvas as legitimas (*na Supplicação* liv. 14 pag. 265 verso). »

(3) *Pagar-se-ha pelos bens do filho.*

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 19 § 168 n. 1 nota, diz o seguinte, referindo-se ao Ass. de 8 de Abril de 1772 e Alv. de 29 de Agosto de 1776 que confirmou-o :

« Este *Assento* procurou restringir a extensão que as opiniões e o uso do Fòro Portuguez davão á obrigação de alimentos devidos por direito de sangue, a qual he uma excepção ou infracção da regra geral do Direito Natural e Civil, pela qual cada um se deve alimentar a si mesmo (cit. *Ass.* no principio).

ha á custa da mãi (1), em quanto o ella bem poder fazer (2).

M.—liv. 4 t. 68 § 2.

3. E morrendo o pai, se a mãi fôr Tutora do filho (3), ou administrar seus bens como Tutora, será obrigada crial-o de leite até os trez annos, e toda a outra criação (4) se fará á custa dos bens do filho (5); e não tendo elle bens, faça-se á custa da mãi (6) como mais largo dissemos no Livro primeiro, no Titulo 88: *Dos Juizes dos Orphãos*(7).

M.—liv. 4 t. 68 § 3.

4. E tendo o filho bens, per que se possa bem criar, se a mãi fizer em sua criação alguma despesa além da criação do leite, podel-a-ha cobrar dos bens do filho, postoque a faça sem protestação de a cobrar dos bens delle, pois que a fez, como sua Tutora, ou Curadora (1). E isto haverá tambem lugar em qualquer despesa, que com elle fizer depois dos trez annos, sendo sua Tutora, ou Curadora (2).

M.—liv. 4 t. 68 § 4.

5. E não sendo a mãi Tutora, nem Curadora do filho, nem tendo administração de seus bens, se fizer alguma despesa ácerca dos bens do filho (3), postoque a faça sem a dita protestação, podel-a-ha repetir e cobrar pelos bens delle (4).

M.—liv. 4 t. 68 § 5.

6. E fazendo a mãi alguma despesa com a pessoa do filho (5), não sendo sua Tutora, nem Curadora, nem sendo administradora de seus bens, se a fizer sem protestação de a cobrar e haver depois pelos bens do filho, a não poderá mais repetir; porque, pois sem protestação a fez, presume-se, que sua tenção e vontade foi fazel-a de sua propria fazenda, e não do filho, salvo sendo o filho muito rico, e a mãi pobre (6), e a despesa grande por respeito da qualidade da pessôa e de seu patrimonio. Porque neste caso a

---

« Por este Assento e Alvará que o confirmou, fica pois derogada a Ord. do liv. 4 t. 99 § 2 e 3 e do liv. 1 t. 88 § 10, pelas quaes somente na falta do pai devia o filho, findo o matrimonio, ser alimentado pelos seus proprios bens. »

(1) *Far-se-ha á custa da mãi.*

Mas esta obrigação da mãi só tem lugar na falta do pai e dos bens do filho, ainda que seja *rica* (Valasco—*Cons.* 92 e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 19 § 168 n. 36).

« Quando a mãi não pode provar quem he o pai de seus filhos, ou quando o pai não tem meios de faser a despesa da criação delles, esta obrigação se devolve á mãi (Cod. da Prussia arts. 628, 629 e seguintes, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 art. 515).

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Themudo—*Dec.* 37, Valasco—*Cons.* 92, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 719, to. 3 nota (*a*) á pag. 497, e nota (*a*) a pag 923, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 4 § 10, e t. 6 § 13 e 15, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 262, e *Obrig.* pag 373 e 374.

(3) *Fôr Tutora do filho.*

« Se não era Tutora, diz Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 19 § 169 n. 5, pode cobrar a despesa que fez cerca *os bens* delle: não assim a que fez cerca a *pessoa* por que se entende havê-la feita por doação e effeito de amor paternal, não como administradora, salvo:—1.º Se ella he pobre, o filho mui rico, e a despeza grande: 2.º se a fez com a protestação de a haver pelos bens do filho (Ord. deste tit. § 5 e 6, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) á pag. 718, to. 2 nota (*a*) á pag. 97, e to. 3 notas (*a*) á pag. 480 e 481).

(4) *E toda a outra criação.*

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 19 § 169 n. 5 pondera o seguinte:

« Postoque a Ord. do liv. 4 t. 99 § 3 falla de *toda* a despesa a fóra a lactação, deve entender-se de toda a despeza á que a mãi não era obrigada, fosse ou não sobre a lactação, e que fallou exemplificativamente, v. g. 1.º a que fez nos trez annos com a lactação nos casos em que á isso não era obrigada (Valasco—*Cons.* 92 n. 3): 2.º a que fez durante o matrimonio de bens ultra-dotaes (Valasco—*Cons.* 92 n 3). E assim se exprimio o § 1, ibi:—*alguma despesa que o pai he obrigado fazer.* »

(5) *Á custa dos bens do filho.*

Vide nota (2) do § precedente.

(6) *Faça-se á custa da mãi.*

Esta obrigação subsiste até a idade em que o filho possa merecer serviço ou soldada (Ord. do liv. 1 t. 88 § 10 *in fine*, Valasco—*Cons.* 92 n. 9, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 501 e to. 3 nota (*a*) á pag. 479).

Esta idade alcança aos sete annos (Ord. do liv. 1 t. 88 § 13); mas em alguns paizes alcança aos doze annos (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 718, e Borgas Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 19 § 168 n. 34 e 35).

(7) Vide Ord. do liv. 1 t. 88 § 38, Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) á pag. 718, e to 2 nota (*a*) á pag. 499, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 4 § 15, e t. 6 § 18, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 823 scholio no principio.

---

(1) *Como sua Tutora e Curadora.*

Vide nota (3) do § precedente.

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 480 e 481, e Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 18.

(3) *Acerca dos bens do filho.*

Vide nota (5) ao § 3 deste tit.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Borges Carneiro—*Dir. Civ* liv. 1 t. 19 § 169 n. 5.

(5) *Despesa com a pessôa do filho.*

Vide nota (3) ao § 3 deste tit.

(6) *E a mãi pobre.*

Como a obrigação de prestar alimentos he co-relativa julgamos conveniente consignar neste lugar algumas considerações que faz Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 328 sobre o direito que pode ter a viuva que por morte de seu marido ficou *pobre*, ao inverso dos herdeiros de seu marido. Eis suas expressões:

« A viuva, que ficou pobre pelo fallecimento do marido, terá acção de alimentos contra os herdeiros deste? Os Praxistas, fundados na Lei 1 § 7 Cod. *de rei uxor. act.* seguem, que os herdeiros do marido devem alimentos á viuva no anno do lucto, por isso que só no fim do anno ordinariamente fazem a entrega do dote; mas em quanto ao tempo posterior, não são concordes. Gama na *Dec.* 62, sustenta a affirmativa, ainda que confessa ter-se julgado em contrario.

« A obrigação de alimentar, que os Codigos modernos reciprocamente impõem aos sogros, genros e noras, resolve algumas destas difficuldades: mas ainda fóra destes casos he duro que a viuva de um homem rico, que foi sua companheira nos trabalhos ordinarios da vida, fique depois de sua morte na miseria, excluida da successão e dos alimentos.

« Em Direito Romano *Novella* 117 cap. 5, a viuva pobre tinha na successão do marido uma legitima.

« Em alguns dos Codigos modernos concede-se-lhe o usofructo de uma parte dos bens do marido. Entre nós nas casas nobres, as viuvas tem os apanagios; em outras terão a sua meação; mas podem apparecer casos, em que pouco, ou nada tenham; e então he necessario attende-las. »

poderá repetir, sem ter para isso feito protestação.

E fazendo ella alguma despesa com a pessôa do filho com protestação de a cobrar depois pelos bens do dito filho, poderá tudo cobrar e haver pelos bens delle, salvo a despesa, que fizer em o criar de leite até trez annos (1).

M.—liv. 4 t. 68 § 6.

TITULO C.

Per que ordem se succederá nos Morgados e bens vinculados(2).

Por tirarmos as duvidas, que se movem em alguns casos sobre a successão dos Morgados(1), ordenamos, que na successão delles e dos bens vinculados, posto que o filho mais velho morra em vida de seu pai, ou do possuidor do Morgado, se o tal filho mais velho deixar filho(2), ou neto, ou descendentes legitimos (3), estes taes descendentes per sua ordem se preferirão ao filho segundo.

O que não sómente haverá lugar na successão do Morgado em respeito dos ascendentes, mas tambem em respeito dos transversaes, sendo descendentes do instituidor, de maneira que sempre o filho e seus descendentes legitimos per sua ordem representem a pessoa de seu pai (4), posto que o dito pai não houvesse succedido no tal Morgado. E se os transversaes não forem

---

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to 2 nota (c) á pag. 97, to. 3 nota (a) á pag. 481, e to. 4 nota (b) á pag. 251, e Mello Freire—*Inst.* liv. 4 t. 6 § 2 e t. 16 § 9.

(2) *Morgados e bens vinculados.*

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 497 tratando da propriedade *limitada*, dá as seguintes prelecções sobre a especie mais importante dessa propriedade os *bens vinculados* :

» A palavra *vinculo* tomada *subjectivamente*, significa a instituição, ou condição de certos bens, que devem andar perpetuamente annexos em uma familia determinada, por uma forma especial de successão, sem poderem ser divididos, nem alienados.

« Tomada *objectivamente* significa os bens sujeitos á estes estabelecimentos ou *vinculados*.

« Para se dar vinculo, he necessario :

« 1.—Instituição.

« 2.—a condição da propriedade, e por tanto da indivisibilidade e da moralidade.

« Os Vinculos ou são *Morgados* ou *Capellas*. »

« Chama-se *Morgado* o vinculo, que tem por fim principalmente a conservação do lustre e nobresa de uma familia : em contraposição de uma *Capella*, cujo fim he a expressão da piedade do instituidor.

« Comtudo em quasi todas as instituições de *Morgados* costumão andar annexos alguns encargos pios; ainda quando não estivessem determinados na instituição, a) os administradores são obrigados á gastar em obras de piedade a centesima parte do rendimento do vinculo (L. de 3 de Agosto de 1770 § 27) : b) nos Morgados *unidos* em virtude do § 28 da citada Lei podem os encargos pios ser reduzidos á esta quantia, se a excedem. »

No scholio ao § 498 diz o mesmo Jurista o seguinte :

« A palavra *Morgado* em phrase juridica significa tambem o direito de succeder no vinculo, e na phrase vulgar muitas vezes costuma por ella designar-se a pessôa do administrador.

« Os Francezes definem o *Morgado*: um fideicommisso gradual, successivo, perpetuo e indivisivel, destinado á conservar o nome e explendor de uma familia.

« Não duvidariamos adoptar esta definição, se não fosse necessario definir a palavra *fideicommisso*.

« Tinhão sido extinctos no tempo da Republica ; porém Napoleão, quando proclamou o Imperio, querendo rodear o seu throno de todo o explendor das Monarchias, restaurou-os por Decreto de 30 de Março de 1806. »

Os *Morgados* depois de soffrerem uma reforma na presente Ord., tiverão outra na Lei de 3 de Agosto de 1770, e assim se forão conservando tanto em Portugal, como no Brazil; mas entre nós forão abolidos, assim como os Capellas pela Lei n. 57—de 6 de Outubro de 1835, que aqui copiamos :

« art. 1. Fica prohibido o estabelecimento de *Morgados*, *Capellas*, e quaesquer outros vinculos de qualquer outra natureza, ou denominação que sejão, e os existentes ficão extinctos pela morte dos actuaes administradores legitimos.

« art. 2. Os bens, que em virtude do Artigo precedente, deixarem de ser vinculados, passarão, segundo as Leis que regulão a successão legitima, aos herdeiros dos ultimos administradores, não podendo estes dispor delles em testamento, nem por algum outro titulo.

« art. 3. As disposições acima só comprehendem os vinculos pertencentes a familias, administrados por individuos dellas.

« art. 4. Ficão em vigor as Leis existentes sobre a extincção dos vinculos que não tem administrador legitimo, ou tem cahido em commisso.

« art. 5. Ficão revogadas as Leis em contrario. »

Para os que no interesse historico destas instituições, quizerem estuda-la, convém consultar além de Barbosa no respectivo *com.*, Pegas—*de Majoratu*, Mello Freire—*Inst.* liv 3 t. 9 e 10, Almeida e Souza—*Tratado de Morgados*, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to 3 de art. 1369 á 1479, Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 3 de pag. 1 a 79, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* de § 497 usque 530, e nota V, onde se lê em resumo uma noticia dessas instituições em Portugal e na Hespanha.

Mas as leis mais importantes sobre esta materia são as de 9 de Novembro de 1754, de 9 de Setembro de 1769 do § 11 em diante e de 3 de Agosto de 1770, declarada no § 5 pelo Ass. de 20 de Desembro de 1770, e pelos Ass. n. 2 e 3—de 9 de Abril de 1772, e Alv. de 23 de Fevereiro de 1797 § 4, e D. de 8 de Março de 1799; que reformarão estas instituições, dando-lhes golpes taes, que muito reduzirão a sua importancia.

Vide Alv. de 9 de Setembro de 1641 e de 12 de Abril de 1698 em que se regulou a successão da Corôa Portugueza, e em que se declarou a obrigação que tinhão os Reys de Portugal de na sua exaltação, jurarem a guarda dos privilegios, isenções e costumes existentes na Nação, como os Morgados, Capellas, e outros, etc.

(1) « A Ord. liv. 4 t. 100, diz Monsenhor Gordo, foi derivada, segundo o meu parecer, de *casos julgados*. Veja a *Dec.* 307 de Antonio da Gama, e a n. 147 da p. 1 de Jorge de Cabêdo, ou antes da L. 40 do *Touro*, com a qual he muito provavel, que tambem se conformassem aquelles Doutores nas suas *Decisões*. »

(2) *Filho mais velho deixar filho*, etc.

A questão da successão dos Morgados, quando concorrião tio e sobrinho, foi outr'ora mui ardua, decidindo-se não poucas veses pelas armas.

Afinal na Hespanha pela lei 40 do *Touro*, em 1505, se resolvêo em favor do sobrinho pelo direito de representação, e assim ficou de uma vez firmada a questão (Pereira de Castro — *Dec.* 116, Reynoso—*Obs.* 22, 23, 24 e 25, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (e) á pag. 487, e Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 9 § 4).

(3) *Neto ou descendentes legitimos.*

Daqui se vê que o filho illegitimo de qualquer especie era insuccessivel no Morgado, e nelles não se dava o direito de representação (Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 3 nota (c) á pag. 471).

(4) *Representem a pessôa de seu pai.*

Vide nota precedente, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 notas (b) e (c) á pag. 471, to. 4 nota (c) á pag. 509, e nota (a) á pag. 510, e nota (c) á pag. 703.

descendentes do instituidor, se guardará o que he disposto per Direito Commum(1).

L. de 15 de Setembro de 1557.

1. E concorrendo na successão dos Morgados irmãos (2), varão e femea, ordenamos, que sempre o irmão varão succeda no Morgado e bens vinculados, e preceda a sua irmã, posto que seja mais velha. E o mesmo será nos outros parentes em igual grão mais chegado ao ultimo possuidor, porque sempre o varão precederá na successão á femea postoque ella seja mais velha (3).

S.—p. 6 t. 1 l. 12.

2. E nos Morgados e bens vinculados, de qualquer qualidade que sejam, succederá o parente mais chegado ao ultimo possuidor, sendo do sangue do instituidor(4).

S.—p. 6 t. 1 l. 13.

3. E tudo o que acima dito he, se entenderá, não declarando, ou dispondo o instituidor em quaesquer dos ditos casos em outra maneira, porque o que elle ordenar e dispozer(1), se cumprirá(2).

S.—p. 6 t. 1 l. 12.

4. Esta Ordenação sómente haverá lugar na successão dos Morgados e bens vinculados patrimoniaes; e quanto á successão das terras e bens da Corôa se guardará o que dissemos no Livro segundo, no Titulo 35: *Da maneira, que se terá na successão das terras e bens da Corôa*(3).

S.—p. 6 t. 1 l. 12 e 13.

5. E porque a tenção dos Grandes e Fidalgos, e pessoas nobres de nossos Reinos e Senhorios, que instituem Morgados de seus bens, e os vinculam para andarem em seus filhos e descendentes, conforme ás clausulas das instituições, que fazem e ordenam, he para conservação e memoria de seu nome e accrescentamento de seus estados, casas e nobreza, e para que em todo o tempo se saiba a antiga linhagem, donde procedem, e os bons serviços, que fizeram aos Reys nossos predecessores, pelos quaes mereceram delles serem honrados e accrescentados, do que resulta grande proveito á estes Reinos, para que nelles haja muitas casas e Morgados para melhor defensão e conservação dos ditos Reinos, e nos poderem os possuidores delles com mais facilidade servir, e aos Reys, que pelo tempo em diante nos succederem na Corôa destes Reinos.

E que por tanto ajuntando-se per via de casamento duas casas e Morgados de differentes instituidores e gerações em huma só pessoa para nelles succeder (como já algumas nestes Reinos per casamento se uniram), será causa de se extinguir a memoria dos que os fundaram e instituiram, e de não terem os irmãos parentes e criados a quem se acostem, e de se diminuirem as casas e Morgados dos Grandes e Fidalgos e Nobres, o que será em grande damno e prejuizo do Reino, e muito desserviço nosso; e vendo Nós os ditos inconvenientes e outros, que de se unirem e ajuntarem as ditas casas e Morgados podem recrescer,

---

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Pereira de Castro—*Dec.* 8, 52, 116 e 129, Ag. Barbosa — *Castigat.* n. 324, Silva Pereira— *Rep. das Ords.* nos lugares supra notados, e to. 3 nota (*a*) a pag. 572 e 573, Mello Freire —*Inst.* liv. 3 t. 9 § 4, e Almeida e Sousa — *Morgados* pag. 13, 14, 42, 115, 126, 159, 175 e 181 e *Notas á Mello* to. 3 e pag. 372 e 434.

(2) *Irmãos.*

Se o Morgado era paterno, os irmãos uterinos erão insuccessiveis. Nos maternos succedião tanto os uterinos como os germanos.

Se erão *gemeos* e do mesmo sexo, ignorando-se qual nascêra primeiro, havia duvida que Corrêa Telles no *Dig. Port.* to. 2 art. 962 resolve pela sorte, apoiando-se no Codigo da Prussia p. 2 t. t. 4 art. 138.

Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 9 § 20, opina pela dissolução do vinculo, considerando-se os bens como livres.

Esta opinião he combatida com todo o fundamento por Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 3 pag. 35 e 36, que diz ainda o seguinte:

« Alguns decidem em favor do que possúe: mas na Hespanha he expressa a Lei 12 t. 33 *Partida* 7, segundo a qual a commodidade do Morgado se divide igualmente pelos *gemeos*, reunindo-se em um a successão, quando fica extincta a descendencia do outro; disposição que Guerreiro— *de Division.* liv. 2 cap. 6 n 73 e seguintes defende como subsidiaria entre nós, e o Sr. Paschoal na nota a este § (refere-se ao § 20 do t. 9 das *Inst.*) reconheceu estar já adoptada ou recebida no nosso Fôro,— *et in foro nostro receptæ.* »

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira— *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 464, e nota (*a*) á pag. 482, e to. 3 nota (*a*) a pag. 574 e nota (*a*) a pag. 884, e to. 4 nota (*d*) á pag. 703, e nota (*a*) á pag. 867, Mello Freire—*Inst.* liv. 3 t. 9 § 20, e Almeida e Sousa—*Morgados* pag. 115, 187, 515 e 533.

(4) *Sendo do sangue do instituidor.*

Era esta a condição essencial.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Pereira de Castro— *Dec.* 5, 69 e 122, Ag. Barbosa—*Castigat.* n. 325, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag 575, nota (*a*) a pag. 884, e to. 4 nota (*e*) a pag. 703, Mello Freire —*Inst.* liv. 3 t. 9 § 24, e Almeida e Sousa — *Morgados* pag. 115 e 187.

(1) *Elle ordenar e disposer.*

Daqui resultava que o Morgado se tornava *regular*, quando o instituidor adoptavá a mesma ordem de successão estabelecida no Reino, e *irregular* se se affastava.

A Lei de 3 de Agosto de 1770 reformando esta instituição não dêo aos instituidores toda a liberdade neste caso.

Deve-se por conseguinte julgar revogado este §, pelos § 10, 24 e 26 daquella Lei, com as declarações do Ass. n. 2—de 9 de Abril de 1772 quanto ao § 26.

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira— *Rep. das Ords* to. 2 nota (*a*) á pag. 482 e nota (*a*) á pag. 490, e to 3 nota (*a*) á pag. 577 e nota (*a*) a pag. 884, Mello Freire — *Inst.* liv. 3 t. 9 § 6, 8, e 13, e Almeida e Sousa—*Morgados* pag. 115 e 214.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 578, e to. 4 nota (*a*) a pag. 514, Mello Freire — *Inst.* liv. 3 t. 9 § 30.

querendo nisso prover, como Rey e Senhor, a quem pertence olhar pela conservação dos Stados e Nobreza de nossos Vassallos, desejando, que em nossos tempos as casas e Morgados destes Reinos e Senhorios se conservem e augmentem(1),e que stê sempre viva a memoria e nome dos instituidores delles, e não se confundam, nem misturem huns com os outros(2).

L. de 5 de Junho de 1595.

6. Ordenamos e mandamos, que todas as vezes que se ajuntarem per via de casamento duas casas e Morgados, dos quaes hum renda cada anno quatro mil cruzados, ou dahi para cima, o filho maior, que delle nascer (o qual conforme ás instituições dos ditos Morgados houvera de succeder em ambos), succeda sómente em hum dos ditos Morgados, qual elle quizer escolher, e o filho segundo succeda em o outro Morgado e casa: e isto sem embargo de quaesquer clausulas e condições, pelas quaes o filho mais velho seja chamado pelos instituidores e fundadores a ambos os Morgados, e sem embargo outrosi de quaesquer Leis e costumes, que houver, pelas quaes o filho mais velho deva succeder nos ditos dous Morgados; porque todas ellas e quaesquer de nosso proprio moto, certa sciencia, poder Real e supremo, per esta Lei revogamos e havemos por revogadas, quanto para effeito de o dito filho mais velho não haver de succeder em ambas as ditas casas e Morgados, ficando em tudo o mais as ditas Leis, costumes, clausulas e condições, postas nas instituições delles,em sua força e vigor(3).

L. de 5 de Junho de 1595.

7. E isto haverá lugar, sendo o filho segundo capaz da successão do tal Morgado, conforme á instituição delle: porque sendo por algum caso o dito filho segundo incapaz, succederá outro irmão, se o houver, sendo outrosi capaz para nelle succeder(1).

L. de 5 de Junho de 1595.

8. E não havendo irmão capaz, ou havendo hum só filho, poderá o filho primogenito possuir em sua vida ambos os Morgados, até delle por sua morte ficarem filhos, ou taes descendentes, nos quaes possa haver effeito a divisão e separação, que das ditas duas casas e Morgados conforme a esta Lei mandamos que se faça(2).

L. de 5 de Junho de 1595.

9. E não ficando do dito Matrimonio filho algum varão, e ficando huma, ou mais filhas taes, que conforme a qualidade dos bens, e clausulas das instituições podem succeder nos ditos Morgados, o que dito he no modo, em que nos ditos Morgados os filhos devem succeder, haverá lugar nas filhas(3).

L. de 5 de Junho de 1595.

10. E se houver hum só filho varão, que haja de escolher hum dos ditos Morgados, no outro succederá a filha que houver, não sendo excluida pelas clausulas da instituição; e sendo chamada per ella em caso que não haja filho varão, poderá succeder no outro Morgado. E em caso, que a dita filha seja excluida pelas clausulas da instituição, o dito filho só, que houver, succederá em ambos os Morgados, e os possuirá, como acima dito he no caso, em que ha hum só filho(4).

L. de 5 de Junho de 1595.

11. E por quanto neste Reino ha algumas pessoas dos Grandes e Fidalgos delle, que tem bens da Corôa per doações, que de Nós, e dos Reys antepassados houveram, nos quaes conforme a Lei Mental e Ordenação do segundo Livro, titulo trinta e cinco, não póde succeder senão o filho varão maior, dos quaes se fundaram algumas casas e Morgados conforme as doações, que para isso tem, e póde vir em duvida, se o filho segundo succederá no tal Morgado, por ser de bens da Corôa:

Havemos por bem e mandamos, que o outro filho possa nelle succeder, sendo tal, em que concorram as qualidades, que con-

---

(1) *Se conservem e augmentem.*

Outra rasão em sentido contrario dirigio o Legislador na L. de 3 de Agosto de 1770, e por isso a presente disposição foi revogada pelo § 19 da mesma Lei, que roborou a disposição do § 22 da Lei de 9 de Setembro de 1769, que não só revogou este, como todos os outros §§ da presente Ord.

Havia entretanto outra rasão que determinou o Legislador a não permittir a accumulação dos Morgados em uma só cabeça, era o temor da preponderancia dos grandes proprietarios.

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 5 nota (*a*) a pag. 579, e Almeida e Sousa—*Morgados* pag. 115.

(3) Esta disposição como a precedente foi revogada pelo § 22 da L. de 9 de Setembro de 1769, e § 10 da de 3 de Agosto de 1770.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 366 e nota do Dez. Oliveira, e to. 3 nota (*a*) a pag. 580, e Almeida e Sousa—*Morgados* pag. 115.

(1) Revogado. Vide nota (3) ao § precedente.
Consulte-se tambem Barbosa no respectivo *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 581.

(2) Revogado. Vide nota (3) ao § 6 deste titulo.
Consulte-se tambem Barbosa no respectivo *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 582.

(3) Revogado. Vide nota (3) ao § 6 deste titulo.
Consulte-se tambem Barbosa no respectivo *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) a pag. 582.

(4) Revogado. Vide nota (3) ao § 6 deste titulo.
Consulte-se tambem Barbosa no respectivo *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) á pag. 582.

forme a dita Lei Mental e Ordenação houvera de ter para succeder nos ditos bens e Morgado, se seu irmão por mais velho o não precedera; por quanto a successão do Morgado destes bens da Corôa se não deferiu ao filho mais velho, emquanto não escolheu qual dos ditos Morgados queria, e assi não he visto o outro filho succeder a seu irmão nelles, mas immediatamente a seu pai, conforme á doação, que dos ditos bens da Corôa tiver (1).

L. de 5 de Junho de 1595.

12. E isto mesmo havemos por bem se guarde naquellas filhas, a que per Nós, ou per os Reys nossos antecessores, ou pelos que depois de Nós vierem, fôr feita mercê que possam succeder nos bens da Corôa sem embargo da Lei Mental (2).

L. de 5 de Junho de 1595.

13. E não podendo as ditas filhas succeder nos taes bens da Corôa, por não haver derogação da Lei Mental, havendo filho varão, elle succederá em ambos os Morgados, e os possuirá em sua vida, até delle por sua morte ficarem filhos, ou taes descendentes, em os quaes possa haver lugar a divisão e separação acima dita (3).

L. de 5 de Junho de 1595.

14. E esta Ley queremos e mandamos se entenda não sómente casando as pessoas destes Reynos e Senhorios de Portugal com outras naturaes delles, mas que tambem haja lugar nas pessoas que casarem fóra dos ditos Reynos com pessoas estrangeiras, e não naturaes: por maneira que em nenhum tempo se possam ajuntar, nem ajuntem as ditas casas e Morgados deste Reyno com os outros de outro Reyno de fóra deste, senão na fórma desta Ley (4).

L. de 5 de Junho de 1595

15. E outrosi mandamos, se entenda não sómente nos filhos e netos, mas tambem em todos os outros descendentes, em qualquer gráo que seja, e em todas as outras pessoas, que por bem das instituições dos taes Morgados e doações dos bens da Corôa, nelles e nos ditos Morgados podem succeder (5).

L. de 5 de Junho de 1595.

(1) Revogado. Vide nota (3) ao § 6 deste titulo. Consulte-se tambem Barbosa no respectivo *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 583.

(2) Revogado. Vide nota (3) ao § 6 deste titulo. Consulte-se tambem Barbosa no respectivo *com.*, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) a pag. 583.

(3) Revogado. Vide nota (3) ao § 6 deste titulo, e Barbosa no respectivo *com.*

(4) Revogado. Vide nota (3) ao § 6 deste titulo, Barbosa no respectivo *com.* e Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag 584.

(5) Revogado. Vide nota (3) ao § 6 deste titulo, e Barbosa no respectivo *com.*

TITULO CI.

Em que casos os successores das terras da Corôa e Morgados (1) *serão obrigados ás dividas de seus antecessores.*

Quando fallecer alguma pessoa, que tiver terras da Corôa do Reyno, e por sua morte ficarem dividas feitas em serviço do Reyno, ou d'El-Rey, ou em criar e manter seus filhos, ou taes dividas forem de serviço de de criados, a que por nossas Ordenações era obrigado pagar seus serviços, ou casamentos(2), aquelle, a que as ditas terras vierem, ora lhe venham por as haver e acquirir a pessoa, por cuja morte lhe ficaram, ora por as haver e acquirir algum outro seu antecessor, postoque elle não queira aceitar a herança, nem ser herdeiro, se outros bens patrimoniaes não houver, que bastem para pagamento das dividas, todavia fique obrigado á pagar as dividas da sobredita qualidade até a quantia, que as rendas e fructos das ditas terras renderem dous annos primeiros seguintes.

Porém não será obrigado a pagar, senão em quatro annos primeiros seguintes, contados do tempo, que o defuncto falleceu, cada anno hum quarto do que as terras renderem nos ditos dous annos; o que se repartirá em cada hum dos quatro annos pelos credores, soldo á livra(3), havendo respeito ao que fôr devido a cada hum, e não ao numero dos credores. E não abastando as rendas e fructos dos dous annos ás ditas dividas, não será obrigado a pagar mais cousa alguma (4).

M.—liv. 4 t. 35 § 1.

1. E todo o acima dito haverá lugar nas dividas, que ficaram por morte dos Administradores dos Morgados. Porém se o defuncto, que deixou as dividas, fôr o instituidor do Morgado, guardar-se-ha o que dissemos no terceiro Livro, no Titulo 93: *Como se hão de arrematar os bens e rendas dos Morgados* (5).

M.—liv. 4 t. 35 § 2.

(1) Vide nota (2) á rub. do tit. precedente.

(2) *Casamentos*, i. e., dotes.

(3) *Soldo á livra*, i. e., proporcionalmente. Vide Ord. do liv. 1 t. 18 § 27 e 31, e t. 88 § 17.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep. das Ords*: to. 1 nota (*c*) á pag. 278, to. 2 nota (*c*) á pag. 152, e to. 4 nota (*c*) e (*d*) á pag. 704, e nota (*a*) á pag 705 com uma nota do Dez. Oliveira, e Ag. Barbosa —*Castigat.* n. 326.

(5) Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Ag. Barbosa —*Castigat.* n. 327 e 328.

TITULO CII.

Dos Tutores e Curadores (1), *que se dão aos Orfãos* (2).

O Juiz dos Orfãos (3) terá cuidado de dar Tutores e Curadores (1) a todos os Orfãos e

---

(1) *Tutores e Curadores.*

Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 378 scholio, fez as seguintes considerações sobre os officios de *Tutor* e *Curador*, conforme o Direito Romano :

« Em Direito Romano fazia-se grande differença entre *Tutor* e *Curador*, consistindo a mais importante em que o Tutor se dava principalmente á pessôa, e o Curador aos bens : porem entre nós á cada passo se confundem não só na linguagem vulgar, mas tambem na phrase das Leis (Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 12 § 2).

« Os encarregados da administração dos interdictos chamão-se já *Tutores*, já *Curadores*. Tem porem prevalecido o uso de se dar este ultimo nome ao Curador *letrado* (o *ad litem*), de que tratamos neste § ; assim como de se diser Curador ao *ausente*, ao *ventre*, á *herança jacente*, á *herança vaga*, Curador *fiscal* da fallencia, Curador á *memoria*, etc.

« As funcções em geral de todos estes reduzem-se á promover com zelo e exactidão em favor da pessôa impedida o negocio, que lhe he encarregado. »

A estas considerações accrescenta Loureiro no *Dir. Civ. Braz.* § 189 nota 88 as seguintes :

« Os vocabulos *Tutoria*, *Curaduria*, *Tutor* e *Curador*, de que hoje usamos, são estrangeiros, e as idêas, que elles significão, erão significadas por nossos maiores por meio das palavras—*guarda*, e *guardador* (Ord. Affons. liv. 4 t. 82, ibi:—*Disserom os Sabedores que em trez maneiras podem ser estabelecidos os Guardadores, que se chamão em Direito* Titores, Curadores *dos moços, que ficão orfãos. A primeira he, quando o Padre estabelecêo Guardador á seus filhos em testamento, á que chamão em Latim* Tutor testamentarius, etc).

« Na mesma significação forão tomadas nas Leis das *Partidas*, t. 16 in princ. , e L. L. 1 e 2, *Partit.* 6, ibi : —*que cosa es guardar, a que disen en Latim* tutela....... *quando el Padre estabelece Guardador a su hijo en su testamiento, a que lhaman en Latim* Tutor testamentarius.»

E mais adiante no § 190 nota 90 continnando diz :

« Hoje á semelhança dos Romanos, fazemos differença entre *Tutores* e *Curadores*; porque antigamente, como dissemos no § antecedente (189), só usamos da palavrr *Guardador*. Os Gregos tambem não tinhão vocabulos propios que separassem a *Curadoria* da *Tutoria*, segundo attesta Samuel Petit—*ad Legem. Attic.* tit. *de tutel.*

« A respeito dos povos da Germania e da Gallia attesta a mesma cousa Beyer—Diss. *de different. Tutor et Curator Jur. German.* ; onde diz que os antigos ignoravão a differença entre menores, e impuberes.

« As nossas Leis porem recebão do Direito Romano, e definirão do mesmo modo os annos da puberdade, menoridade, e idade legitima e perfeita (Ord. do liv. 3 t. 41 § 8 e 9, t. 41 § ult. , e liv. 4 t. 104 § 6). Quanto a idade legitima e perfeita, ultimamente apartou-se do Direito Romano, e Patrio antigo o citado Decreto de 31 de Outubro de 1831).

Consulte-se tambem Carvalho—*Proc. Orphan.* cap. 13 § 113 nota 208.

(2) O Alv. de 23 de Novembro de 1674 determinou a observancia que se havia de ter na Regencia e Tutoria pela menoridade, ou incapacidade dos Reys.

Este direito hoje não voga em vista da Constituição do Imperio art. 121 e seguintes.

O Alv. de 24 de Outubro de 1814 que se lerá nos *additamentos* á este livro, robora esta Ord. , e manda pôr em execução differentes providencias á bem dos Orfãos desamparados, estabelecidos nos Regimentos dos respectivos Juizes.

Vide sobre esta Ord.,a do liv. 1 t. 88, Barbosa no respectivo *com.* ,Guerreiro —*De datione Tutorum*, Paiva e Pona—*Orphan.* cap. 8, 9, 13, 14 e 15, Borges Carneiro —*Dir. Civ.* t. 27 in totum, e Carvalho—*Proc. Orphan.* de cap. 18 á 24, Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 n. 664 á 772, e Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 1 pag. 515 e seguintes, além de outros Jurtstas em differentes lugares de suas obras.

(3) *O Juiz dos Orphãos.*

« Antigamente, diz Borges Carneiro—*Dir. Civ.* t. 27 § 230 n. 1 nota, os Juizes Ordinarios com os Tabeliães do Judicial provião sobre os Orphãos : depois pela multiplicação desta administração se criarão Juizes, e Escrivães separados (Ord. do liv. 1 t. 88 pr. e *Rep.* to. 3 pag. 195 verbo—*Juiz de Orphãos*). aos quaes incumbem as obrigações que pelo Direito Romano tinhã os Tutores, sem comtudo serem estes desonerados das suas. Por aquelle Direito não havia Magistrado algum encarregado desta incumbencia. »

Os *Provedores das Comarcas*, cargo que hoje exercem os Juizes de Direito, tem tambem inspecção sobre os Orphãos e seus bens, nos termos da Ord. do liv. 1 t. 62 do § 28 á 38.

Mas esta inspecção não se estende á emancipar o orphão, salvo estando em correição, e então o fará com o Escrivão dos mesmos Orphãos (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 pag. 349 verbo — *Provedor era.* e to 2 pag. 294—*Escrivão dante*, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 to 27 § 230 n. 19).

Tambem não pode fazer inventario e partilha dos bens, nem ainda á titulo de supprir a negligencia do Juiz (Mendes de Castro—*Praxis* to. 2 liv. 4 cap. 3 n. 16, Phœbo—pr. 1 *Ar.* 37, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* nos lugares supra citados).

Sobre as actuaes funcções dos Provedores de Comarcas consulte-se o D. n. 143—de 15 de Março de 1842 no art. 3.

O Av. n. 19—de 13 de Janeiro de 1865 declarou que os Consules estrangeiros não são competentes para nomearem Tutores.

(1) *Tutores e Curadores.*

Vide nota (1) supra á rubrica deste titulo.

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 26 § 223 n. 1 e 2 exprime-se por esta forma :

« Aos menores que não tem pai, pela sua fragilidade se lhes dá Tutor ou Curador que governe a sua pessôa e bens, e autorise os seus negocios (Ord do liv. 4 t. 102 pr., t. 104 § ultimo, e Heineccio—to. 4 § 270, 288, 327, e 399).

« Digo *Tutor ou Curador*, pois não ha hoje differença na força destas palavras, e os effeitos da Tutoria são regularmente os mesmos, qualquer que seja a idade do menor ; e tal he o uso em as nações moderuas (*arg.* da Ord. do liv. 4 t. 104 § ultimo, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 12 § 2 e nota, etc.). »

Em nota accrescenta :

« Por Direito Romano são muitas e essenciaes as differenças entre Tutor e Curador, principalmente que o Tutor se dá aos impuberes, o Curador aos puberes ; e regularmente só querendo-o elles ; que o Tutor se dá primariamente á pessôa e á sua educação, o Curador aos bens, e só incidentemente á pessôa (*Strikio*—cit. § 5 e *Heineccio* to. 4 § 288 e 291).

« A Ord. do liv 4 t. 102 segue ainda aquella differença, que no t. 104 § 6 faz consistir em que o Tutor se dá aos impuberes, o Curador aos puberes; porem a pratica de Portugal como das outras Nações torna inutil esta differença. »

A estas considerações de Borges Carneiro, cumpre accrescentar outras que sobre a materia expendeu Coelho da Rocha no *Dir. Civ.* § 358 e nota :

« *Tutela*, diz o mesmo Jurista, he o encargo de administrar a pessôa e bens de um menor, imposta pela Lei, ou pela vontade do homem. A pessôa, á quem he imposto este encargo, chama-se *Tutor*.

« A Tutela ou he *testamentaria*, ou *legitima*, ou *dativa*. Ha ainda outra especie que pode incluir-se na primeira que he a Tutela *pacticia* ou *promettida*, que se verifica quando o pai pactúa com alguem, o ser por sua morte Tutor de seu filho (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 248 n. 24). »

No scholio ao § 358 accrescenta Coelho da Rocha :

« Pela Ord. do liv. 1 t. 88, e liv. 4 t. 102 já transcriptas das anteriores, achava-se seguido o systema e principios de Direito Romano sobre Tutelas, com poucas variações : e á este, como subsidiario, se recorria para resolver as questões occorrentes. Porem o Dec. de 18 de Maio de 1832 publicado na Ilha Terceira, veio alterar estas doutrinas, tomando por fonte o Cod. Civ. Francez, e misturando as disposições deste com as das Ords., de maneira que em alguns lugares he palpavel a desharmonia : as quaes neste estado passarão para a novissima *Reforma Judiciaria*.

menores (1), que os não tiverem, dentro de hum mez (2) do dia, que ficarem orfãos; aos quaesTutores e Curadores fará entregar todos os bens (3) moveis e de raiz, e dinheiro dos ditos orfãos e menores (4) per conto e recado (5), e inventario feito pelo Scrivão de seu carrego, sob pena de privação do Officio (1).

M.—liv. 1 t. 67 § 17.

1. E para saber como ha de dar os ditos Tutores e Curadores, primeiramente se informará se o pai, ou avô deixou em seu testamento (2) Tutor, ou Curador a seus filhos, ou netos. E se era pessoa, que podia fazer testamento, por quanto algumas pessoas o não podem fazer, como acima he dito (3).

E saberá outrosi, se deixou por Tutor, ou Curador, pessoa, que per Direito o póde ser(4), que não seja menor de vinte e cinco

---

« Assim os Franceses comprehendem neste artigo com o nome de *Tutela do pai* aquelles direitos, que este exerce sobre os bens de seus filhos, os quaes pela nossa Legislação e systema erão comprehendidos e tratados no artigo do *poder paternal*.

« Entre nós a Tutela, como era por Direito Romano, não se exerce senão sobre *orphãos de pai*: pois, se morreu a mãi, o pai não tem outra obrigação mais do que faser inventario, e dar partilhas aos filhos, mas não se suspendem os effeitos do patrio poder, nem as Justiças tem que se embaraçar com a administração dos bens, uma vez que fique salva a propriedade.

« Os Redactores do citado Decreto (de 1832) porem, parece, não ter attendido á esta differença, e daqui vem as allusões á *Tutela do pai*, que se achão nos arts. 422, 424 e outros. »

(1) *A todos os Orfãos e menores.*

Está de accordo com a distincção de Tutores e Curadores, explicada pela Ord. deste liv. t. 104 § 6.

T. de Freitas na *Consol.* art. 264 e nota diz o seguinte:

« Tanto se deve nomear Tutores aos Orphãos ricos, como aos pobres; e aos Expostos, logo que estes completem sete annos. »

E em nota addiciona :

« A Ord. do liv. 4 t. 102 pr. manda dar Tutores á todos os menores. A do liv. 1 t. 88 § 3 manda que haja *um livro* (o que hoje não se observa), onde sejão inscriptos todos os Orphãos existentes na cidade, villa, ou lugar.

« Esse livro que se chamava das *Tutelas* porque não havia Orphão, nelle inscripto sem Tutor, tem entre nós a mesma denominação; mas não he o cadastro dos Orphãos. Serve para se lavrarem os termos das Tutelas, e, ja se sabe, dos Orphãos que possuem bens.

« *Autos de pobresa* he cousa que não se conhece em nosso Fôro.

« Quanto aos *Expostos*, o Alv. de 31 de Janeiro de 1775 § 1, 3, e 7, —*porque conste* (diz o § 3) *que delle se tomou conta, que lhe deu Tutor, e está comprehendido na Relação Geral dos Orphãos do respectivo Termo.* Vide Prov. de 22 de Fevereiro de 1823. »

(2) *Dentro de hum mez.*

Vide Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2 § 4, Dec. n. 143—de 15 de Março de 1842 art. 5 § 4.

Cumpre notar que ainda no tempo de ferias se deve fazer a nomeação do Tutor (Ord. do liv. 3 t. 18 § 5 e Dec. n. 1285— de 30 de Novembro de 1853 art. 3 § 3).

(3) *Fará entregar todos os bens.*

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (b) á pag. 193 referindo-se á este versiculo, transcreve a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa :

« Não basta, que o Juiz haja os bens por entregues, mas he necessario real e verdadeira entrega; aliás não pode o Tutor ser obrigado á dar contas, *ut judicatum accepi*, et vide deliberationen Senatoris Antonii Pereira de Souza ita concludentem, etc. »

Mas a opinião contraria he sustentada por Oliveira—*de munere Provisoris* cap. 3 n. 15, dizendo que ao Tutor sempre se presume entregues os bens do Pupillo, competindo-lhe o direito de provar o contrario se não recebe-los.

(4) *E dinheiro dos ditos Orfãos*, etc.

A edição nona de Coimbra diz — *dinheiros.*

Alguns entendem que este dinheiro he o destinado para alimento dos Orphãos, e não tudo o mais que deve guardar-se no Cofre, seguindo o disposto na Ord. do liv. 1 t. 88 § 38.

(5) *Per conto e recado*, i. e. , fazendo-se a descripção e inventario do numero, pezo, medida, qualidade dos bens, e com claresas, recibos, quitações, etc.

(1) *Sob pena de privação do Officio.*

Esta pena foi substituida pela do art. 154 do Cod. Crim.

Se o Juiz dos Orphãos foi negligente no desempenho do seu dever cabe ao Juiz de Direito em Correição promover sua responsabilidade (Ord. do liv. 1 t. 62 § 32, e Dec. n. 834—de 2 de Outubro de 1851 art. 32 § 3).

Para prevenir essa negligencia do Juiz dos Orphãos determinou a L. de 15 de Outubro de 1827 art. 5 § 11, que os Juizes de Paz informassem aos de Orphãos acerca dos Orphãos ou menores, cujos pais fallecerem.

Vide sobre esta Ord. , a do liv. 1 t. 62 de § 28 á 38, Barbosa no respectivo *com.*, Ag. Barbosa—*Castigat.* 329, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*c*) á pag. 293, to. 3 nota (*b*) á pag. 193, e to. 4 nota (*a*) á pag. 857, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 12 § 4, liv. 2 t. 11 § 2 e 7 nota e § 13, t. 12 § 2 nota, e § 5, e t. 13 § 6, e liv. 3 t. 5 § 3 e t. 14 § 11, e Almeida e Sousa— *Acç. Sum.* to. 1 pag. 312, *Notas á Mello* to. 2 pag. 559, 560, 562, 565, 590, e 623, e *Obrig.* pag. 227.

(2) *Deixou em seu Testamento.*

He este o Tutor que se chama *testamentario*. Mas he indispensavel que seja pessoa idonea, nomeada *em testamento solemne*, e por pessoa legitima.

Sendo o testamento *solemne* e *perfeito*, não precisa o Tutor nomeado da confirmação do Juiz, da qual se torna indispensavel, em falta de taes requisitos (Cod. da Prussia p. 1 liv. 3 § 2 n. 7 § 4, e Carvalho—*Proc. Orphan.* cap. 18 § 115 nota 212).

(3) Vide Ord. deste liv. t. 81.

(4) *Pessôa que per Direito o pode ser.*

« A Tutoria, diz Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 245 n. 1 e seguintes, he *munus*, ou cargo publico, interessante ao Estado, que são obrigados a servir todos os que não tiverem inhabilidade ou escusa (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*d*) á pag. 62).

« Os que são inhabeis por Direito para servir a Tutoria, se disem ter *escusa necessaria*, e *escusa voluntaria* aquelles que não são constrangidos a servir contra a sua vontade (*Heineccio* to. 4 § 365). Esta materia no Direito Romano he tratada sob o titulo de—*Excusationibus*, sc. , necessarias, e voluntarias, e regularmente se applica aos mais cargos publicos.

« Portanto os primeiros são excluidos da Tutoria, ainda mesmo que a houvessem já aceitado (Heineccio to. 4 § 355).

« Os segundos são Tutores *ipso jure* pela nomeação, e somente são alliviados se allegão a escusa, e esta se lhe attende(Heineccio to. 4 § 462, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) á pag. 858) .

« E por conseguinte se a escusa vem a ser desattendida, lhes corre a responsabilidade desde o momento em que tiverem noticia da nomeação. »

E em nota ao § 246 n. 1 referindo-se á presente Ord. diz :

« Esta Ord. expressamente approva as escusas *necessarias* do Direito Romano.

« Quanto as *voluntarias* (propriamente *escusas*) de que especialmente trata o tit. 104, poderá entrar em duvida se podem admittir-se as que o mesmo tit. não menciona e que comtudo se achão estabelecidas no Direito Romano ?

« Eu opinaria *affirmativamente*:

1.—Porque no citado tit. 104 se referem tambem al-

annos (1), ou sandeu (2), ou prodigo (3), ou inimigo do orfão (4), ou pobre ao tempo do fallecimento do defuncto (1), ou scravo (2), ou infame (3), ou Religioso (4), ou impe-

---

gumas escusas necessarias, e portanto coincide este com a dita approvação do Direito Romano, feita no citado tit. 102 § 1.

2.—Porque estas escusas do Direito Romano se fundão na boa razão, e estão recebidas regularmente pelo uso das Nações modernas, como ensina Strikio—*Us. mod.* liv. 27 tit. 1 § 1. »

(1) *Menor de vinte e cinco annos.*

Hoje essa idade se acha limitada a 21 annos pela Res. de 31 de Outubro de 1831.

A presente Ord. está de harmonia com a deste liv. t. 104 § 3 nas palavras—*e assim o menor de vinte e cinco annos, posto que tenha impetrado Carta nossa, porque seja havido por maior*, etc.

Destas ultimas palavras se conclue que o menor *ainda com supplemento de idade*, não pode ser Tutor. Esta doutrina he sustentada por Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 11 § 8 e nota, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 246 § 5.

Entre os Romanos succedia o contrario: o menor nomeado em testamento podia ser Tutor, em virtude do amplo poder que tinhão os pais. Mas emquanto durava a menoridade do Tutor, nomeava-se um Tutor chamado *Attilliano*, que desempenhava as funções do Tutor, até este completar a maioridade.

A doutrina sustentada por Mello Freire e por Borges Carneiro á nosso ver juridica em presença da *clara* e *positiva* letra da Ord., oppõe Carvalho—*Proc. Orphan.* cap. 19 § 128 nota 241 as seguintes razões, que não nos parecem solidas.

« He controverso, diz elle se o Menor que obteve supplemento de idade, *he inhabil* para Tutor.

« Ainda que alguns autores affirmão que essa inhabilidade cessa, quando na Provisão do supplemento de se lhes concedêo o direito de poderem alienar, comtudo uma tal opinião parece-me insustentavel a face da Ord. do liv. 4 t. 104 § 3, que, por isso mesmo que falla geralmente, deve tambem applicar-se sem distincção algums, decidindo-se que os Menores, ainda que tenhão supplemento de idade concebido nos termos mais amplos, são inhabeis para serem Tutores, emquanto não completarem os vinte e cinco annos.

« Se o Menor fôr nomeado por Tutor em testamento solemne, só deve estar na administração depois de completar aquella idade; mas completa ella, não pode a administração ser disputada pelos Tutores *legitimos*.

« A opinião contraria, sustentada pelo insigne Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 11 § 8 na nota, aonde segue que a nomeação de um Menor para Tutor *he nulla*, e não pode em tempo algum produsir effeito, parece-me que não deve seguir-se; já por que a Ord. do liv. 4 tit. 102 § 1, em que este se funda, não inhabilita o Menor de começar na administração, *depois* dos vinte e cinco annos; já por que, conformando-se os nossos Legisladores com o Direito Romano, este reconhecia a validade de uma semelhante nomeação para depois da idade legitima (L. 10 § 3 Dig. *de testam. tutel.*): já finalmente por que com a Legislação Romana se conformarão nesta parte as Nações (Cod. Frederico p. 1 liv. 3 t. 3 § 4). »

No caso do menor, está tambem o filhofamilias, se for nomeado em testamento, mas tendo no momento da morte do Testador a idade legal exerce o cargo (Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 194 n. 6 e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 569).

(2) *Ou sandeu*, i. e., mentecapto, louco, etc.

E neste caso está tambem o furioso, o estupido e quaesquer outros impedidos por qualquer impedimento perpetuo.

(3) *Prodigo.*

Bem entendido, sendo privados judicialmente da administração de seus bens (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 316, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 246 n 9).

(4) *Inimigo do Orfão.*

Neste caso se contemplavão os *Padrastos*, e por isso erão excluidos da Tutela, mas o § 112 do Regim. do Dezembargo do Paço dava para admitti-los dispensa.

Comtudo Carvalho no *Proc. Orphan.* cap. 19 § 129 n. 6 nota 254, combatte a doutrina, reputando os Padrastos na classe dos inhabeis pelo *justo receio*; expressando-se desta forma:

« Pegas—*com.* á Ord. do liv. 1 t. 3 § 112, glos. n. 72 n. 3. Se as nossas Leis repellem da Tutela a Viuva' mãi do Pupillo, quando casa segunda vez, presumindo que já lhe não tem aquelle affecto, de que confiavão a boa administração, menos podem confiar naquelle, com quem esta casou (Guerreiro—*Tract.* 3 liv. 3 cap. 4 n. 40 e 41).

« E ainda que alguns assentão que o Juiz deve confiar a Tutela aos Padrastos, *sendo estes capazes, e probos*, comtudo devem ter nisso toda a cautela porque diz o citado Guerreiro:—*Vitrici erga pervigno maligna consilia nutriunt; eosque odio habent; mortem illorum frequenter desiderant, et multas proditiones erga eos quotidie moliuntur.*

« A experiencia confirma tudo isto, e a prudencia exige que se não fação tentativas cujos resultados costumão ser funestos. »

Tambem se acha no caso do inimigo do Orphão, para o excluir da Tutoria:

1. O credor ou devedor do Orphão.

2. O que com o mesmo Orphão tem demanda, pois como os primeiros, são suspeitos de parcialidade e infidelidade.

3. Os que tem bens em commum com o pupillo, ou ao mesmo pupillo pertencentes.

(1) *Pobre ao tempo do fallecimento do defuncto.*

Neste caso estão os que precisão de todo o seu tempo e industria para se manterem; e por tanto á todo o tempo que o Tutor cahir neste estado, deve ser removido: o que fica sujeitó ao precedente arbitrio do Juiz. (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) a pag. 139, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 246 n. 12, 13 e 14).

Pelo Direito Romano os pobres erão escusaveis, e não inhabeis (Heineccio to. 4 § 358).

Se os Tutores nomeados em testamento já erão pobres em vida do Testador, he claro que mesmo assim merecerão a sua confiança, e por tanto não devem ser recusados, se quiserem servir, maxime se forem pessôas reconhecidamente probas.

Vide T. de Freitas — *Consol.* arts. 253 e 262 § 6 e nota, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 194 n. 3 e nota 94.

(2) *Ou scravo.*

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 246 n. 29, limita esta disposição, disendo que se o Testador nomeou o escravo dando-lhe liberdade, pode-se-lhe confiar a Tutoria (Heineccio—to. 4 § 292).

Consulte-se tambem Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*c*) á pag. 272.

« Escravos, diz T. de Freitas na *Consol.* arts. 262 e nota, *não podem* ser Tutores ou Curadores, ainda que nomeados em testamento; mas a Ord. do liv. 4 t. 102 § 1 nesta parte pode ser conciliada com o Direito Romano, entendendo-se que a prohibição refere-se á escravo que *não pertença* ao Testador.

« Pertencendo ao Testador, a nomeação he valida, por que importa uma concessão tacita de alforria (Instuta § 1 *qui testam. tut. dar. pos.*, L. 10 § ult. e L. 32 § 2 Dig. *de testam. tut.*).

(3) *Ou infame.*

Carvalho no *Proc. Orphan.* nota 244 diz sobre este versiculo o seguinte:

« Ou a infamia seja de Direito ou de facto; e por isso não só são inhabeis os filhos traidores, e sodomitas (Ord. do liv. 5 t. 6 § 13 e do t. 13 pr.) mas tambem os bebados, os vadios, os jogadores, os que tem uma conducta reprehensivel, e escandalosa, e outros semelhantes.

« Nem todas as profissões, que o povo reputa por vís, tornão infames os pessôas, que as exercitão. Nenhuma profissão se deve reputar por *infame*, se ella he util á sociedade. »

Tratando sobre este assumpto, diz T. de Freitas na *Consol.* art. 262 e nota, em resposta á Rebouças — *Obs.* no mesmo art. o seguinte:

« Não mencionei o *infame*, porque pelo antigo Direito a palavra *infamia* tinha um sentido especial, designando uma pena criminal, ou effeito dessa pena; havendo pois uma *infamia de feito* por contraposição á *infamia de Direito* (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 34 § 287 e Pereira de Carvalho—*Lin. Orphan.* nota 244).

(4) *Ou Religioso.*

Carvalho no *Proc. Orphan.* nota 243 diz o seguinte:

dido de algum outro impedimento perpetuo (1).

« Os Religiosos professos, por isso que se reputão por *mortos* para os Empregos civis, não podem ser Tutores. Estarão por ventura na mesma rasão os *Egressos*, ou secularisados?

« Estou persuadido que nenhuma inhabilidade tem, e que podem ser Tutores, se o quiserem ser, como qualquer outro Ecclesiastico, mas que não podem ser obrigados á isso, porque, tendo-os a Lei declarado por *incapazes* de succeder, seria injusto constrangê-los á ser Tutores. »

Mas hoje como os secularisados podem herdar, tambem não podem allegar escusa de Tutor.

Os Bispos tambem estão no caso do Religioso, por outras rasões.

Os Presbyteros e mais Clerigos são admittidos á Tutoria *legitima* querendo, o que devem declarar no praso de quatro meses. E hoje em muitas Nações são admittidos mesmo á Tutoria *estranha*; que uma vez acceitando, não podem mais deixa-la (Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 246 n. 16, 17 e 18).

(1) *Ou impedido de algum outro impedimento perpetuo.*

Almeida e Sousa nas *Notas á Mello* to. 2 pag. 568 n. 2, diz que na enumeração que fez esta Ord. das pessôas incapazes para serem Tutores, fallou *exemplificativa*, e não *taxativamente*.

E accrescenta:

« Mas ella se conformou com o Direito Romano; e os exemplos que referio *não* firmão a regra em contrario para ficarem habilitados outros mais que pelo mesmo Direito não podem ser admittidos, *ainda voluntarios*, á serem Tutores, *ex Castilho* liv. 5 cap. 95 de n. 36 em diante. »

Por isso, segundo a mesma jurisprudencia, Carvalho no *Proc. Orphan.* cap. 19 § 127 n. 1 e nota 237, são os *surdos* e *mudos* incapases da Tutoria, fundando-se nas palavras—*impedido de algum outro impedimento perpetuo.*

E accrescenta:

« Esta inhabilidade comprehende não só os surdos, e mudos de nascimento, mas aquelles que emmudecerão depois disso (L. 1 § 2 Dig. *de tutel.*, e L. 10 § 1 Dig. *de leg. tutor.*): não comprehende porem aquelles, que falão, e ouvem com difficuldade (L. ult. Dig. *de excus. Tutor.* e Guerreiro—*Tract.* 3 liv. 2 cap. 2 n. 7). »

No mesmo caso se comprehende o *cego* (L. 1 § 1 Dig. *de tutorib.*).

« Mas, diz Carvalho — *Proc. Orphan.* nota 238, he necessario que a cegueira seja *completa*, e por isso esta inhabilidade não comprehende aquelles, á quem falta uma só vista, nem aquelles, que são miopes (L. *frater* Dig. *de excusat. tutor.*, e Guerreiro —*Tract.* 3 liv. 2 cap. 2 n. 11).

E bem assim os *enfermos* e os *velhos*.

Mas quanto aos primeiros he indispensavel que a molestia, além de grave, seja perpetua (L. 11 Dig. *de excusat. tutor.*). Assim se considerão os epilepticos, paralyticos, hydropicos, phtysicos, e outros que padecem de molestias desta ordem (Guerreiro — *Tract.* 3 liv. 2 cap. 2 n. 111). Outro tanto se não pode diser dos gotosos, a menos que esta molestia não esteja adiantada em alto grão (L. 3 Dig. *qui morb.*, e nem dos rheumaticos (L. 13 Cod. *de Cur.*).

Pelo que respeita aos segundos, sabe-se que a velhice he uma enfermidade gravissima e perpetua. A nossa Lei só reputa *velho*, o maior de 70 annos (Ord. do liv. 2 t. 54, e liv. 4 t. 104 § 5).

« Os velhos, diz Carvalho no *Proc. Orphan.* nota 240, são inhabeis, para bem administrar, por que se tem mais experiencia, e madurosa do que os outros, faltão-lhes as forças e agilidade indispensavel para qualquer administração. »

Carvalho na mesma obra enumera outros casos não contemplados na Ord., de pessôas que por incapacidade *moral* não podem exercer o encargo de Tutor, e taes são as *mulheres*, *os que seguem outra Religião, differente da Catholica*, e *os condemnados á morte.*

As *mulheres* são em geral excluidas, menos as Mãis e Avós, por presumir a Lei que o affecto que ellas tem pelos filhos, e pelos netos, suppriria qualquer falta de capacidade (Ord. do liv. 1 t. 62 § 37 e deste tit. § 3).

E onde Tutor fôr dado em testamento perfeito e solemne, não será dado ao orfão ou menor outro Tutor, ou Curador pelo Juiz (1); mas aquelle, que lhe foi dado em testamento, o será, em quanto o fizer bem, e como deve (2),

---

Os *sectarios* de outra Religião differente da Catholica, diz Carvalho, que o fundamento da sua exclusão, se acha em que elles não podem exercer Empregos publicos; razão hoje sem base por quanto em vista da nossa Const. arts. 5, e 179 § 14, esses Sectarios, sendo Brazileiros, podem exercer empregos publicos.

Mas a rasão fundamental desta exclusão está no perigo que correria a fé do Catholico se tivesse por Tutor individuo cuja Religião fosse differente.

Entretanto continúa o mesmo Carvalho, taes sectarios podem ser Tutores dos pupillos que partilharem os mesmos principios religiosos (*Cod. Frederico* p. 1 liv. 3 t. 2 § 8 n. 11).

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 246 n. 31 diz o seguinte:

« E os Judeos, que hoje não são infames, podem ser Tutores dos Christãos? O Direito Romano os não exclue (L. 15 § 6 ff. *excus. tutor.*, L. 3 § 4 ff. *de cur.* e Strickio—*Us. moder.* liv. 26 t. 1 § 20); porém, segundo o costume, não se admittem, como *suspeitos* ao bem eterno e temporal do menor (*arg.* da *Novella* 72 e Strickio obra citada § 20, *Schilter*, *Montan.* ibi). »

Os *condemnados a morte*, seja *natural* ou *civil* não podem ser Tutores; e por essa causa os banidos, os perpetuamente degradados, e outros semelhantes estão impedidos de ser Tutores nos lugares do seu degredo (Carvalho—*Proc. Orphan.* nota 248).

Podem os *estrangeiros* servir o encargo de Tutor?

Parece que não, visto como, he a Tutoria *munus* publico (Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 194 n. 5). Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 247 n. 24 sustenta que o estrangeiro não tem impossibilidade *absoluta* para ser Tutor, mas não pode ser constrangido a tomar esse encargo, e Carvalho no *Proc. Orphan.* na nota 247 *in fine* parece admitti-los em alguns casos.

Comtudo o Av. n. 281—de 8 de Junho de 1837 reprovou a nomeação de um Tutor estrangeiro para orphãos Brazileiros, de onde se poderia concluir que se os orphãos fossem estrangeiros embora residentes no Brasil, os Tutores poderião ser tambem estrangeiros na conformidade do que diz o mesmo Carvalho na nota 247 *in fine*.

Invoca-se tambem em favor da negativa o Direito Romano subsidiario do nosso, e o Alv. de 6 de Junho de 1661, que não se encontra em collecção alguma conhecida. Não havendo texto deste Alv. não pode elle ser invocado.

Segundo o testemunho do Dr. José da Silva Costa no seu artigo da *Revista Juridica* sob a inscripção:—*o Estrangeiro pode exercer o cargo de Tutela*, tanto no Juizo de Orpãos desta Corte, como na Relação do districto tem-se seguido a praxe de admittir-se o estrangeiro á funccionar como Tutor; jurisprudencia que segue o mesmo Dr. no seu bem elaborado artigo.

O que parece bem averiguado he que o estrangeiro pode ser Tutor, mas que requerendo dispensa do encargo, não deve ser obrigado a exerce-lo; e que em taes nomeações deve haver toda a cautela, por quanto não offerecem como os nacionaes, toda a garantia para o exercicio e responsabilidade de suas funcções.

Almeida e Souza nas *Notas á Mello* to. 2 pag. 567 á 570, Carvalho—*Proc. Orphan.* no cap. 19 § 129, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 246 e 247 apontão outros casos que excluem da Tutela, e que os estudiosos podem com proveito consultar.

(1) Não sendo o testamento perfeito e solemne, o Tutor nomeado nelle depende de confirmação do Juiz para entrar em funcções. Outro tanto succede quando o testamento he solemne, e perfeito, e occorrem importantes circumstancias que impedem a execução da vontade do Testador (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 251 n. 11, 12 e 13).

(2) *O será, emquanto o fizer bem, e como deve*, etc.

Estas palavras estão de accordo com as do § 3 deste titulo, ibi:—*em quanto bem fizer.*

Portanto prevaricando o Tutor deve ser exonerado da Tutela e responsabilisado.

a proveito do orfão, ou menor (1), e não fizer cousa, por que deva ser tirado da dita Tutoria, ou Curadoria. E estes Tutores, ou Curadores dados em testamento pelas sobreditas pessoas, que per Direito os podem dar, não serão obrigados dar fiança alguma (2).

M.—liv. 1 t. 67 § 20.

2. E se algum pai em testamento (3) deixar Tutor, ou Curador a seu filho natural, e não legitimo (1), ou a mãi deixasse Tutor, ou Curador em seu testamento a seus filhos, estas taes Tutorias, ou Curadorias devem ser confirmadas pelo Juiz dos Orfãos (2), se vir que os taes Tutores, ou Curadores são para isso pertencentes (3).

M.—liv. 1 t. 67 § 21.

3. E se algum orfão não tiver Tutor, ou Curador, que lhe fosse deixado em testamento, e tiver mãi (4), ou

---

Vide tambem a Ord. do liv. 1 t. 88 § 50, e deste tit. § 9 *in fine*.

Carvalho no *Proc. Orphan.* nota 229 e 230 diz, que o Juiz deve nomear Tutor ao Orphão, ainda mesmo não havendo prevaricação, bastando que se dê um facto qualquer que torne-se incompativel com o encargo que tomou, por ex: o captiveiro ou prisão em paiz inimigo, professar em Religião, a idade de 70 annos, augmento de prole, emprego, molestias, etc.

Vide tambem o mesmo autor na nota 270.

(1) *A proveito do Orfão, ou menor.*

Segundo o art. 7 do Alv. de 24 de Outubro de 1814 podem os Tutores que crião *gratis* os Orphãos pobres, tê-los a seu serviço até a idade de 16 annos, sem pagar soldada.

(2) *Não serão obrigados dar fiança alguma.*

« Podem haver circumstancias, diz T. de Freitas—*Consol.* art. 243 e nota, em que o Juiz prudente deva exigir fiança por tornar-se suspeito o Tutor *testamentario*. Depois de feito o testamento esse Tutor pode mudar de condição, pode ter cahido em pobreza, pode ficar inimigo do Testador. Pode-se dar contra elle algum facto de discredito que até então não era sabido. *Rep. das Ords.* to. 2 pag. 437. »

Vide Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 252 n. 2 e seguintes.

Cumpre porem notar que Phæbo no Aresto 50 declara que em 1607 na Casa da Supplicação se julgou que o Tutor *testamentario* sendo pobre não está obrigado a dar fiança, salvo mudando de estado. No mesmo Aresto se diz que das contas tomadas aos Tutores não se dá vista dos *proprios* autos, senão do traslado (Ag. Barbosa—*Castigat.* n. 331).

Os termos da fiança dos Tutores se fazem nos autos na forma do Alv. de 7 de Dezembro de 1689.

Vide Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 252 de n. 12 em diante.

Vide tambem Barbosa no respectivo *com.*, Ag. Barbosa—*Castigat.* n. 330 e 331, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (c) á pag. 272, e nota (a) á pag. 436, to. 3 nota (d) á pag. 62, nota (a) á pag. 77, e to. 4 nota (a) á pag. 316, e nota (a) á pag. 856, Mello Freire —*Inst.* liv. 2 t. 1 § 12, t. 11 § 6, 8 e 14 e § 3 e 20, t. 12 § 2 nota e t. 13 § 13, e Almeida e Souza—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 315, 320 e 331, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 564, 565, 568 e 602.

(3) *Em testamento.*

« A nomeação do Tutor, diz Borges Carneiro—*Dir. Civ.* § 248 n. 20 e 21, pode fazer-se em testamento, ou em Codicillo confirmado por testamento. E se falta ao Codicillo esta qualidade, a nomeação precisa de ser confirmada (Heineccio—§ 297 e 298).

E accrescenta em nota :

« Nesta conformidade com o Direito Romano deve entender-se a Ord. do liv. 4 t. 102 § 2, pois ainda que em nenhum lugar mencione a nomeação feita em Codicillo, menciona comtudo a doutrina da confirmação. »

Continuando no n. 25 diz :

« Como a nomeação pode fazer-se por palavras directas ou obliquas, pois cessa hoje as subtilezas que nisso tem o Direito Romano.

« Tambem pode fazer-se sob condição, até determinado tempo; ou para depois delle (*ad diem, ex die*) : e fica a tutela dependente dessa condição, e o Juiz nomeia outro Tutor que sirva interinamente (Heineccio § 297 e 347). »

Em nota accrescenta :

« Esta disposição fundada na analogia das Tutorias com as heranças, tambem hoje a referem a classe das subtilesas, e ensinão que taes condições e limitações de tempo se devem ter por não escriptas, como em cousas em que nenhum proveito vem ao menor; da mesma sorte que, se o Tutor testamentario está impedido, o Juiz, hoje, não nomea Tutor interino para servir durante o impedimento; porem chama logo o Tutor legitimo (Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 11 § 8 e 9, etc). »

(1) *Filho natural, e não legitimo.*

He para differençar do filho legitimo de que trata o § precedente.

Deste versiculo se vê que o pai ainda por testamento não pode nomear Tutor para o filho espurio.

(2) *Confirmadas pelo Juiz dos Orfãos.*

Nem a mãi, nem o pai do filho natural, tem o poder pleno da paternidade, que autorisa a nomeação do Tutor por testamento, e por isso o Legislador confere ao Juiz de Direito faculdade de *confirmar* taes nomeações.

Borges Carneiro no *Dir. Civ.*, liv. 1 t. 28 § 248 n. 14, diz o seguinte :

« A *mãi* tambem pode nomear Tutor ao filho, *instituindo-o seu herdeiro* : porem com dependencia de confirmação do Juiz (Ord. liv. 4 t. 102 § 2 e Heineccio, to. 4 § 295 e 296). »

E em nota accrescenta :

« Esta Ord. § 2 não menciona a dita qualidade de *instituição de herdeiro* : porem parece dever entender-se com referencia á ella; pois o Direito Romano não permitte á mãi ou á outra qualquer pessôa que não seja o pai ou avô, nomear Tutor no testamento ao menor *sem o instituir seu herdeiro* (Heineccio—to. 4 § 298).

« Por identidade de rasão, diz Carvalho — *Proc. Orphan.* nota 213, se qualquer consanguineo ou estranho *instituir* por herdeiro á um menor, e lhe nomear Tutor em testamento solemne, deverá o Juiz preferir á qualquer outro o Tutor assim nomeado, achando-lhe as qualidades necessarias (Cod. Frederico—p. 1 liv. 3 t. 3 § 1, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 § 369).

« O Tutor nomeado para os *filhos* se entende tambem nomeado para as *filhas* (L. 45 ff. *de legat.* 2) : e para os *posthumos*, se nascem vivos (L. 5 ff. *de testam. tutel.*). »

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (b) á pag. 859, Pereira de Castro—*Dec.* 25 e 48, Mello Freire — *Inst.* liv. 2 t. 4 § 11 e 15, t. 11 § 7 e 14 e t. 12 § 3 e liv. 3 t. 7 § 2, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 320, *Notas á Mello* to. 2 pag. 89, 563, 565 e 566.

(4) *E tiver mãi.*

Pertencendo a mãi a religião differente do filho, será admittida á tutela ? Barbosa no *com.* n. 2 responde negativamente.

Querendo a mãi do menor ser sua Tutora, he preferida a qualquer pessôa, inclusive a avó ou avô paternos (Strikio—*Us. mod.* liv. 26 t. 4 § 31), comtanto que seja habil de servir na Tutoria, viva honestamente e se conserve na viuvez.

Cumpre porem notar que a mãi menor de 21 annos, não pode ser Tutora, e menos readquirir a Tutoria completando depois a idade (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 249 n. 8 e seguintes).

Em nota diz ainda Borges Carneiro :

« O contrario opinão outros, e se tem julgado em alguns Estados : e sem duvida procede quando a mãi he Tutora, e não por beneficio da Lei, mas por nomeação no testamento do defuncto pai (Strikio—citado § 33). »

Mas se não quiser, não pode ser á isso obrigada, *ex vi* da palavra—*quiserem* desta Ord.

« Esta Tutoria, diz o mesmo Borges Carneiro § 249 n. 4, e a preferencia á todos os parentes do menor não deriva do direito de successão hereditaria, mas se estabelecêo em contemplação do amor maternal : e por tanto esta Tutela se chama legitima *irregular* (Strikio liv. 26 t. 4 § 9 n. 31).

avó (1), que viverem honestamente, e não forem já outra vez casadas, e quizerem ter as Tutorias, ou Curadorias de seus filhos, ou netos, não consentirá o Juiz dos Orfãos (2), que usem dellas, até perante elle se obrigarem de bem e fielmente administrarem os bens e pessoas de seus filhos, ou netos: e que havendo de casar, antes que casem, pedirão que lhes sejam dados Tutores, ou Curadores (1), aos quaes entregarão todos os bens, que aos ditos orfãos pertencerem; para o que renunciarão perante o Juiz o beneficio da Lei do Velleano (2), a qual diz, que nenhuma mulher póde ser fiador (3), nem obrigar-se por outrem, a qual Lei lhes será declarada qual he, e o favor, que por ella lhes he dado.

E assi renunciarão todos os outros direitos, e privilegios introduzidos em favor das mulheres. E que sem embargo delles cumprirão tudo aquillo, a que assi se obrigarem.

E este auto e renunciação e obrigação screverá o Scrivão no inventario dos bens dos ditos orfãos, e o Juiz o assinará de seu sinal (4), e o fará assinar a trez testemunhas pelo menos, que serão presentes; das quaes huma sobscreverà, e dirá, que assina pela dita Tutora, ou Curadora, que assi se obrigou, por lho ella rogar, quando ella não

---

« Conseguintemente se a mãi por alguma rasão fôr excluida de vir a succeder na herança do filho, não o he por isso da sua Tutoria. »

Esta Tutoria, convem notar, não he *honoraria*, mas administrativa, sem que haja differença alguma das outras, estando a Tutora sugeita á contas, e responsavel pelos bens do pupillo.

(1) *Ou avó.*

Se a mãi não existe ou não quer ser Tutora, pode a avó pedir a Tutoria do neto; assim tambem na sua falta a bisavó, etc. (Barbosa no *com.* n. 3, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 257, e tó. 2 nota (*b*) á pag. 68 e 69).

Mas se a avó tem ainda vivo seu marido (*avô do menor*), deve este ser preferido. Se o avô e avó forem de diversas linhas, prefere sempre o paterno, ainda que outros sustentem que neste caso deve a Tutoria correr por ambos (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 249 n. 21 e seguintes).

Vide *infra* a nota penultima á este § á pag. 1000, seg. col.

(2) *Não consentirá o Juiz dos Orfãos.*

Carvalho no *Proc. Orphan.* cap. 18 § 116 nota 214 diz o seguinte:

« Ainda que esta Ord. confere *ipso jure* ás Mãis e Avós a tutela dos filhos, ou netos, querendo-a ellas, comtudo a Ord. do liv. 1 t. 62 § 37, e o § 112 do Regimento do Desembargo do Paço parece imporem-lhes a obrigação de recorrer ao Provedor, ou ao Soberano, para poderem entrar na administração da Tutela.

« O grande *Mello*, parecendo-lhe antinomicas, e inconciliaveis estas Leis, fez esta distincção: que para as Mãis e Avós serem Tutoras dos filhos ou netos *puberes*, bastava obrigarem-se na forma da citada Ord. do liv. 4 t. 102 § 3; mas que para serem Tutoras dos filhos ou netos *impuberes*, devião recorrer na forma da citada Ord. do liv. 1 t. 62 § 37, e do § 112 do Reg. do Desembargo do Paço, ou ao Provedor da Comarca, não excedendo *as Legitimas* á 180$000, ou ao Soberano pelo sobredicto Tribunal, excedendo as Legitimas á esta quantia.

« Esta conciliação porem he excluida pelas mesmas Leis, que se pretendem conciliar; por que o § 37 do t. 62, nas palavras—*filhos menores*, comprehende a Tutela dos puberes até 25 annos, e o § 112 do Regim. do Desembargo do Paço tambem os comprehende na palavra—*Orphãos*.

« O nosso Guerreiro no *Tratado* 3 liv. 3 cap. 5 n. 41, inventou *outra* conciliação daquellas Leis, dizendo: — que as Mãis, e Avós não tem necessidade de recorrer para serem Tutoras, mas para serem Administradoras, e que por tanto a Ord. do liv. 4 t. 102 se entende da *Tutela*, e a do liv. 1 t. 62 § 37 da *administração*.

« Esta conciliação tambem não satisfaz; por que a palavra *administrar* tambem se acha na citada Ord. do t. 102.

« O nosso *Pona* no cap. 8 n. 31 discorre de outro modo, disendo que as Mãis e Avós só precisão recorrer para não metterem no *Cofre* os alcances, e não para serem Tutoras.

« Esta conciliação parece melhor, porque o citado § 3 diz apenas—*lhe deixará ter os Orphãos*, e os § 37 e 112 disem—*as pessôas e legitimas*; palavras que significão mais, e devem por isso obrar mais. Esta conciliação abraça e approva como melhor Almeida e Sousa — *Acç. Sum.* § 373, na nota. »

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 472 resolve a questão desta forma, referindo-se a uma nota do Dez. Oliveira:

« Todo este § 3, em quanto permitte ao Juiz dos Orphãos dar as Tutorias ás mãis, ou avós se deve entender não passando a fasenda dos ditos Orphãos da valia de sessenta mil reis; por que passando se requerem as ditas Tutorias á El-Rey (Ord. do liv. 1 t. 62 § 37); e se passão as Provisões por cada um dos Desembargadores do Paço, conforme o seu Regimento, § 112. »

Sobre este assumpto convem aqui consignar o que observa T. de Freitas na *Consol.* art. 245 § 1 e nota:

« Conciliar esta Ord. com a do liv. 1 t. 62 § 37, e § 112 do Regim. do Desembargo do Paço, tem sido o tormento dos Praxistas.

« O Alv. de 7 de Desembro de 1689, recommendado pelo de 25 de Junho de 1695, resolvia a questão com alguma obscuridade.

« Essa duvida ou antinomia cessou com a extincção do Desembargo do Paço, porem restão vestigios.

« A Lei de 22 de Setembro de 1828 art. 2 § 4 e Reg. de 15 de Março de 1842 art. 5 § 6, depois de diserem que os Juizes dos Orphãos—*dessem Tutores em todos os casos marcados nas Leis*, accrescentarão inutilmente, que tambem lhes competia—*a entrega dos bens dos Orphãos á sua mãi, avós*, etc. repetindo a disposição daquella Ord. do liv. 1 t. 62 § 37, e do § 112 do citado Regimento.

« Outro vestigio he, que com differença das mais Tutelas ha *Provisões* para essas da Mãi, e Avó, as quaes pagão o imposto da Tabella de 16 de Outubro de 1850. Que rasão ha hoje para tal singularidade. »

(1) *Pedirão que lhes sejão dados Tutores, ou Curadores.*

« A mãi que não quer ser Tutora, diz Borges Carneiro—*Dir. Civ.* § 249 n. 14, ou que se recasa, *se não pedio* ao Juiz Tutor para o filho, não incorre por essa omissão em pena alguma (*arg.* da Ord. do liv. 4 t. 102 § 3, etc.). »

E em nota accrescenta:

« Estas Ords. não obrigão a mãi, que se recasa a mais do que a largar a Tutoria, nem em Portugal como tambem em outras Nações modernas está em uso outra pena, a qual aliás he desnecessaria por ser hoje a nomeação de Tutor obrigação officiosa do Juiz dos Orphãos: e bastaria quando muito ficar a mãi no segundo caso responsavel á qualquer prejuiso, como ficão os que abandonão a Tutoria illegalmente.

« Por Direito Romano adoptado inda hoje pelas Leis ou costume de muitos Estados, se a mãi não quer ser Tutora, ou sendo-o passa á segundo casamento, deve pedir Tutor para o filho; aliàs fica privada da sua herança, se elle morrer na impuberdade, tempo em que não pode faser testamento (L. 2 § 23 ff. *ad Senatus Consult. Tertullian.* e L. 36 Cod. *eodem*, etc.).

« Aquella petição se deve faser dentro de anno depois da morte do pai, ou, no segundo caso, depois que se recasou: o qual praso comtudo varia em algumas Nações (L. 10 Cod. *legit. hæred.*, Strikio, cit. § 6). »

(2) *Renunciárão perante o Juiz o beneficio da Lei do Velleano.*

Vide Ord. deste liv. t. 61, e as notas (1) e (2) *infra* a este § na pag. seguinte.

(3) *Fiador.*

A edição nona de Coimbra diz—*Fiadôra.*

(4) *Assinará de seu sinal*, i. e., assignará de seu nome e firma.

souber screver (1). E tanto que o dito auto fòr feito, lhe deixará ter os orfãos, ou menores e seus bens, em quanto o bem fizer, e se não casar.

E não tendo, nem possuindo bens de raiz as ditas mãis, ou avós dos orfãos, per que possam cumprir a obrigação sobredita, darão fiança bastante e segura (2) a toda a fazenda dos ditos orfãos, que lhe assi ficar em poder; a qual fiança o Juiz fará assinar e screver nos inventarios com testemunhas, como se costuma nas notas de semelhantes contractos, e ser-lhe-ha dada fé, como á scriptura feita per Tabellião das Notas.

E outras mulheres não serão dadas por Tutoras, ou Curadoras (3), nem lhes será consentido, que usem de tal carrego, postoque o queiram ser (1).

M.—liv. 1 t. 67 § 22.

4. E se alguma mulher, sendo viuva, fòr dada por Tutora, ou Curadora de seus filhos, ou netos na maneira que dito he, e se casar (2), e por isso lhe fôr removida

---

(1) *Quando ella não souber screver.*

O processo destas formalidades aqui consignado pelo Legislador para a renuncia do beneficio do Velleano, diz T. de Freitas na *Consol.* em nota ao art. 248, he hoje differente. Continuando, accrescenta:

« Em processo apartado, que depois se appensa aos autos de inventario (se bem que em um dos Cartorios desta Côrte não se costuma appensar), a mãi ou avó presta uma justificação de sua indoneidade, a qual se julga por sentença.

« Toma-se o termo de renuncia da chamada *lei de Velleano*, e depois disto o termo da Tutela em um *livro* para esse fim destinado, pago o imposto da Tabella annexa á Circular de 16 de Outubro de 1850, e expedindo-se uma Provisão que transita na Chancellaria.

« Assim dessas Tutelas, como das mais, lançadas no mencionado livro, extrahe-se certidão que se junta aos autos de inventario.

« Pela Ord., e como vê-se de todos os formularios dos Praxistas, as tutelas deverião ser tomadas nos autos do Inventario.

« Esse livro de tutelas e curatelas, de que falla o art. 27 § 5 do Reg. de 2 de Outubro de 1851, he um abuso contra a sabia providencia da Ord. do liv. 1 t. 88 § 3, que ordenava o *censo* estatistico de todos os Orphãos, com declaração de seus nomes, filiações, idade, residencia, e tutorias.

« O que he muito notavel nos *Formularios* dos Praxistas vem a ser a nomeação dos Tutores depois dos julgamentos das partilhas. Ora sendo as partilhas demoradas, como conciliar essa antiga pratica com o disposto na Ord. do liv. 4 t. 102 pr., que manda dar Tutor em trinta dias depois do fallecimento dos pais? »

(2) *Darão fiança bastante e segura.*

Salvo se foi nomeada no testamento do pai, conforme opinão Guerreiro—*de Datione Tutor.* liv. 2 cap. 9 n. 32, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 249 n. 18, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*b*) a pag. 857).

Esta caução he a fideijussoria. Vide Carvalho—*Proc. Orphan.* nota 221.

« O termo da fiança, nesta Còrte, diz T. de Freitas na *Consol.* nota ao art. 249, toma-se no *Appenso* de que fallei (quando se assigna o termo da renuncia do beneficio de Velleano).

« Tambem está em uso, em lugar da fiança, hypothecar á mãi os bens de sua meiação, lavrando-se perante qualquer Tabellião a respectiva escriptura de hypotheca, outorgada e assignada pelo Curador Geral; inscrevendo-se essa escriptura no Registro das hypothecas, e juntando-se tambem ao mencionado *Appenso.* »

(3) *E outras mulheres não serão dadas por Tutoras, ou Curadoras.*

Portanto são ellas incapazes absolutamente de serem Tutoras, encargo que só por excepção se permitte ás mãis ou avós.

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 249 n. 20 faz a seguinte observação:

« O Juiz dos Orphãos tambem pode segundo a Ord. do liv. 4 t. 102 § 3 e 5 dar a Tutoria á mãi, bem como aos parentes do menor, ou á pessoas estranhas: porem então fica ella, a mãi (como os outros Tutores) obrigada a metter no Cofre todo o dinheiro e rendimento do filho: pois o sustenta e doutrina então á custa delle, sem ser obrigada á gastar cousa alguma do seu: o que não he assim quando a Tutoria se confere pelo Desembargo do Paço, ou pelo Provedor, dentro da quantia da sua referida alçada (Alv. de 7 de Desembro de 1689, e *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) a pag. 69). »

He esta a solução á que se referio T. de Freitas na *Consol.* art. 245 e nota, que se vê na nossa nota (2) á este § a pag. 999, e que se pode lêr em toda a nota do *Rep.* no tomo e pag. supracitados, onde vem a seguinte nota do Dez. Oliveira ao § 112 do Regim. do Desembargo do Paço:

« As palavras: *á suas mãis, avós*, etc. Para estas Tutorias, quando as pedem as mãis, ou em falta dellas ás Avós, basta o despacho de qualquer dos Desembargadores sem informação; mas quando as pedem os outros parentes, não se lhes concedem sem preceder informação do Provedor; *este he o Estylo*, que achei observar-se; sendo que a Lei não faz differença entre uns e outros. »

Sobre este assumpto additaremos ainda o que diz Loureiro no *Dir. Civ. Braz.* § 197 e nota 96:

« Pela nossa Legislação antiga a Tutoria legitima só era deferida á mãi, ou avó, na forma acima declarada, pelo respectivo Juiz dos Orphãos, quando a fazenda de seus filhos ou netos, não excedia a quantia de sessenta mil reis, triplicada pelo Alv. de 16 de Setembro de 1814; por quanto, se excedia essa quantia, devia ser requerida a Tutoria no Desembargo do Paço (citada Ord. do liv. 1 t. 62 § 37 e Regim. do Desembargo do Paço § 112).

« Hoje em todos os casos compete ao Juiz dos Orphãos de cada Termo, ou Municipio (L. de 22 de Setembro de 1828 art. 2 § 4, e Reg. n. 143—de 15 de Março de 1842 cap. 4); assim como tambem ao Juiz de Direito em correição (Reg. n. 834—de 2 da Outubro de 1851, cap. 5). »

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Ag. Barbosa—*Castigat.* n. 332 e 333, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) a pag. 257, to. 3 nota (*a*) á pag. 472, e to. 4 nota (*a*) a pag. 855, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 1 § 15, t. 11 § 8, 11, 12 e 14, liv. 4 t. 17 § 1, e t. 18 § 3, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 321, *Diss.* pag. 84, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 565 e 571.

(2) *E se casar.*

A L. de 9 de Setembro de 1769 roborando esta disposição, e a do § precedente, assim dispôz no § 29:

« Ainda tem sido mais prejudeciaes as desordens causadas pelas mulheres, que ficando viuvas com filhos, ou com netos, se deixão alliciar para passarem a segundas nupcias pelos vadios, e cubiçosos, que não buscão o estado do Matrimonio para os santos fins, que a Igreja ensina, mas sim, e tão somente para se arrogarem á administração, usurpação, e delapidação dos bens das ditas viuvas, e de orfãos seus filhos, ou seus netos.

« Obviando tambem aos quotidianos clamores dos opprimidos com semelhantes casamentos: Estabeleço primeiramente que todas as mulheres, que tendo *filhos* ou *netos* passarem a segundas, ou terceiras nupcias, em idade de ter ainda successão, sejão desapossadas dos bens das legitimas paternas, e maternas desses filhos, ou netos, e de quaesquer outros a elles pertencentes; nomeando-se para elles pela Meza do Dezembargo do Paço um administrador chão, e abonado, no caso de serem menores; e sendo maiores se lhes entregue desde logo tudo, o que lhes pertenceria, se mortas fossem as referidas mãis.

« Estabeleço em segundo lugar; que com as referidas mãis se pratique inviolavelmente a Ordenação, que *lhes prohibe as Tutorias*, defendendo como defendo, por ordem minha especial em alguns casos de taes, e tão particulares circumstancias, que me possão mover a moderar nelles esta minha geral disposição.

« Estabeleço em terceiro lugar, que ficando as ditas viuvas salvo o usofructo das suas *Terças* para seus ali-

e tirada a Tutoria ou Curadoria, se ella depois viuvar, e quizer tornar a ser Tutora ou Curadora dos ditos seus filhos, ou netos, não lhe será consentido(1).

M.—liv. 1 t. 67 § 23.

5. E se o orfão, ou menor não tiver Tutor, ou Curador dado em testamento, nem mãi, ou avó, que seja sua Tutora ou Curadora na maneira que dito he, o parente mais chegado(2), que tiver no lugar, ou seu termo(3), onde stão os bens do orfão(4), será constrangido(1), que seja seu Tutor, ou Curador.

E se tiver muitos parentes em igual grão(2), o Juiz escolherá o mais idoneo e pertencente para isso(3), e o constrangerá a o ser.

Porem antes de lhe entregar o dito orfão, ou menor e seus bens, dará fiador abonado(4), que por elle se obrigue, que guardará e aproveitará os bens do orfão, e os fructos e rendas delles.

E alem disto o dito Tutor, ou Curador

---

mentos, possão ter para dellas dispôr por morte a mesma liberdade, que acima deixo aos maridos segunda vez casados.

« Estabeleço em quarto, e ultimo lugar a respeito daquellas, que entre as *ditas mulheres* casarem depois de haverem cumprido os cincoenta annos, nos quaes cessa a fecundidade, que *não possa haver communicação de bens* a favor dos esposos, que as buscão pela cubiça delles; mas antes pelo contrario sejão os bens, que ellas possuirem *inventariados* ao tempo dos Matrimonios, e lhes seja prohibida debaixo da pena de nullidade toda a alheação delles, e toda a contracção de dividas para os fazerem executar por ellas; como ordinariamente costuma succeder; reservando-se-lhes o usofructo em sua vida, salva a substancia dos mesmos bens a favor dos herdeiros legitimos agnados, ou cognados; e a liberdade de poderem testar das *Terças* nos termos habeis, que por esta Lei tenho determinado; declarando assim a Ordenação, que dispõe sobre esta materia; e mandando, que se não possa entender de outro algum modo. »

O Ass. de 23 de Novembro do mesmo anno fixando a intelligencia deste § 29, declarou que elle comprehendia *somente* os casos futuros.

Mas o referido § 29 em virtude do D. de 17 de Julho de 1778 foi suspenso, e por tanto não se executa contra as mulheres binubas, o rigor daquella disposição.

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 473, e to. 4 nota (*b*) á pag. 855.

(2) *Parente mais chegado.*

Nunca neste caso se entenderá o *affim* (Barbosa no com. n. 4).

He esta propriamente a tutela *legitima* regular.

« Depois das Mãis, e Avós, diz Carvalho no *Proc. Orphan.* nota 214, seguem-se os outros consanguineos, preferindo sempre o mais proximo em igualdade de circumstancias (Ord. do liv. 4 t. 102 § 5).

« Se por uma parte parece de grande utilidade para os orphãos esta tutela *legitima*, por se presumir mais affecto nos parentes mais proximos, e uma melhor administração nos que tem esperança de succeder; por outra parte pode recear-se que esta esperança dê causa a machinações criminosas contra a vida dos mesmos orphãos; e por isso deve o Juiz preferir sempre aquelle dos consanguineos de mais probidade, ainda mesmo que não seja tão abonado como os outros, nem tão proximo; desconfiando daquelles que *se offerecerem*, ou que fiserem esforços para obterem a nomeação (Guerreiro — *Trat.* 3 liv. 2 cap. 3 n. 40 e seguintes).

« He controverso se tendo os Orphãos alguns bens vinculados, emphyteuticos, ou fideicommissarios, deverá deferir-se a Tutela ao immediato successor, ou se á Mãi dos ditos orphãos lhe prefere? Strikio — *Us mod.* liv. 26 t. 4 § 15 dá preferencia á Mãi, ainda neste caso, disendo que a Tutela se lhe não defere *propter spem succedendi, sed propter naturalem amorem, quam erga liberos favet.*

« Não havendo Mãi, ou não querendo a Tutela, então nestes casos deve preferir á todos os outros consanguineos o immediato successor dos ditos bens (Strikio cit. § 7, Muller ad Struvium—*Exercit.* 31, thes. 25, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* § 374, na nota). »

(3) *Que tiver no lugar, ou seu termo.*

Portanto fóra do lugar ou seu termo, ainda que o orphão tenha parentes mais proximos, ou mais abonados não podem ser chamados para desempenhar o encargo.

(4) *Onde stão os bens do orfão.*

E por esta causa os bens do fiador do Tutor tambem devem estar no lugar ou termo onde se obriga; e somente outr'ora o Desembargo do Paço, em virtude do Alv. de 24 de Julho de 1713 § 10, podia dar dispensa, faculdade que passou aos Juizes de Orphãos pela L. de 22 de Setembro de 1828, art. 2 § 4 no fim.

(1) *Será constrangido.*

Estes Tutores não gosão da mesma liberdade, que as Mãis e Avós, á quem foi permittida a escolha.

(2) *Parentes em igual grão.*

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 249 n. 29 e seguintes faz estas observações:

« Nesta Tutoria não se attende á differença de parentesco por *cognação*, ou *agnação*: por que, havendo a *Novella* 118 revogado esta differença quanto á successão dos parentes, se entende tambem abolida quanto á Tutela; e o Direito Romano mesmo a abolio geralmente (Heineccio to. 4 § 303, cit. Strikio — *Us. mod.* liv. 26 t. 4 § 2, 5, 6 e 7, e *Rep. das Ords.* to. 3 pag. 149 verbo: —*Juiz dos Orphãos*).

« Tambem se não attende á differença de ser o menor *pubere* ou *impubere*; ao passo que por Direito Romano a Tutoria legitima se refere somente aos *impuberes* (Strikio—*Us. mod.* liv. 26 t 1 § 5 e 11).

« A incapacidade das mulheres para a Tutoria comprehende tambem *as parentas* (Heineccio — to. 4 § 304 vers. *acima* § 249 n. 2 e nota). »

(3) *O mais idoneo e pertencente para isso.*

Loureiro no *Dir. Civ. Braz.* § 198, nota 97 diz o seguinte:

« Os *agnatos*, não preferem entre nós aos *cognatos*, que estão no mesmo grão, por virtude dessa qualidade, se não tiverem a de serem mais idoneos, e mais pertencentes para a Tutoria: cit. Ord. t. 102 § 5 versic.—E *se tiver*.

« E nada obsta á esta doutrina a Ord. do liv. 1 t. 88 § 13 nas palavras—*e havendo dous em igual grão, precederá o da parte do pai, que fôr mais abastado*; porquanto aqui a precedencia he dada pela razão da maior abastança, qualidade, que, se se der no da parte da mãi, dará igual precedencia á este, como se segue *à contrario sensu* dessa disposição.

« No caso pois de haver um *agnato*, e um *cognato* no mesmo grão, déve o Juiz escolher o que fôr mais abastado, ou o que fôr bastantemente, ainda que não tanto, quanto o outro, se por verdadeira informação conhecer que he pessoa mais honesta e digna de fé, e que rege e governa melhor sua pessôa e fazenda: cit. Ord. § 5 versic. — *E não sendo abonado.* »

Vide tambem o mesmo Loureiro no § 196.

(4) *Dará fiador abonado.*

« Esta caução diz Carvalho — *Proc. Orphan.* nota 221 deve ser a fideijussoria. »

Borges Carneiro referindo-se á esta caução ou fiança, exprime-se nestes termos no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 252 n. 9 e seguintes:

« *Uso moderno.* São por tanto mui raras hoje as *fianças* dos Tutores e ainda em as Nações onde restão vestigios de caução, esta se julga satisfeita com o juramento do Tutor, e com a hypotheca legal dos seus bens á indemnisação do menor (Strikio —*Us. moder.* liv. 26 t. 7 § 9, 10, e 12, etc.).

« Ou pelo menos se deixa ao arbitrio do Juiz decidir nos casos occurrentes, se he necessario fiança (Strikio cit. § 9 e 10), quando o Tutor não tem bens de raiz (cit. Strikio § 1).

« No que se está em conformidade com o Direito Romano, que restringe a fiança ao caso do Tutor suspeito (Heineccio to. 4 § 325, e *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 437). »

Vide Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 205.

jurará de fazer todas as cousas(1), que forem em proveito do orfão, e guardar fielmente sua pessoa e bèns(2).

Porem, se o Tutor fôr abonado em tantos bens de raiz, per que o orfão razoadamente possa ter segurança de seus bens e rendas delles, em quanto em poder do Tutor stiverem, não será constrangido a dar fiança (3).

E não sendo abonado(4), se jurar aos Santos Evangelhos(5), que não tem, nem póde achar fiador, tendo feita toda a diligencia em o buscar, se o Juiz houver per verdadeira informação, que elle he pessoa honesta e digna de fé, e que bem rege e governa sua pessoa e fazenda, de que razoadamente se deva e possa fiar a pessoa e bens do orfão, concorrendo todas estas cousas, seja relevado da fiança, e seja constrangido a reger e administrar a dita Tutoria.

E em quanto o Juiz achar parente do orfão abonado para ser Tutor (6), não constrangerá o que não fôr abonado, ainda que seja parente mais chegado em grão, de maneira que sómente por falta do abonado seja constrangido o não abonado.

E em quanto fôr achado parente do orfão idoneo e pertencente para ser seu Tutor, não seja constrangido a isso algum estranho(1).

M.—liv. 1 t. 67 § 24 e 25.

6. E se algum parente mais chegado se escusar de ser Tutor, não herdará os bens do dito orfão(2) se morrer antes de haver quatorze annos, se fôr varão; e antes de doze se fôr femea.

E morrendo o orfão depois da dita idade, não perderá o tal seu parente o direito, que tiver, para herdar em seus bens, por assi se escusar da Tutoria(3).

M.—liv. 1 t. 67 § 26.

7. E não se achando parente ao orfão para poder ser constrangido, o Juiz obrigará hum homem bom do lugar(4), que

---

(1) *Jurará de fazer todas as cousas*, etc.

Combina com a Ord. do liv 1 t. t. 67 § 15.

T. de Freitas na *Consol.* art. 251 e nota diz o seguinte :

« O *juramento* he só exigido para os Tutores e Curadores *legitimos*, mas amplia-se esta obrigação á todos os Tutores, reputando-se a Tutela *um cargo publico*, e applicando-se a disposição da Ord. do liv. 1 t. 67 § 15. Exige-se entretanto o juramento no caso do art. 259 (i. e., do § 8 desta Ord.). »

Carvalho no *Proc. Orphan.* nota 220 copia a formula do juramento dos Tutores exarada no *Codigo da Prussia* e que julga conveniente adoptar-se entre nós, por que nelle se comprehendem todas as obrigações de um bom Tutor.

« Até me parece de grande utilidade, diz elle, o *imprimir-se*, para se dar a cada Tutor um exemplar, a fim de ter sempre presente a norma da sua conducta, e não poder allegar ignorancia. »

(2) *Sua pessôa e bens.*

Vide sobre este versiculo o que diz Loureiro no *Dir. Civ. Braz.* § 207 e 208, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 241.

(3) *Não será constrangido a dar fiança.*

Vide nota (4) supra á esta Ord. (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 194 verbo—*Juiz dos Orphãos*, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 252 n. 7, e Loureiro —*Dir. Civ. Braz.* § 202.

Os bens devem estar no districto onde residem o Tutor e o pupillo.

Mas, o Juiz dos Orphãos pode permittir que os Tutores obriguem os seus proprios bens á fiança, posto que estejão fóra do termo ou districto onde tiverem contrahido a obrigação (Alv. de 24 de Julho de 1713 § 10, L. de 22 de Setembro de 1828 art. 2 § 4, e Dec. n. 143—de 15 de Março de 1842 art. 5 § 9).

(4) *E não sendo abonado.*

Vide notas (4) e (3) *supra* á esta Ord.

Se o Tutor fôr pobre, porem de bom conceito, diz Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*d*) á pag. 861 o Juiz lhe addicionará um Curador, se vir que a fortuna do orphão corre perigo (Guerreiro—*de Dat. Tut. et Curat.* liv. 8 cap. 2 n. 30).

(5) *Se jurar aos Santos Evangelhos.*

Differirá este juramento do que o mesmo Tutor deve prestar acima na nota (1) ?

(6) *E emquanto o Juiz achar parente do Orfão abonado*, etc.

Portanto he esta qualidade que dá a preferencia, e não a proximidade do grão de parentesco.

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Ag. Barbosa—*Castigat.* n. 334, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*c*) á pag. 859 e nota (*d*) a pag. 861, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 6 § 26, t. 11 § 12, 13, 14 e 17, e t. 12 § 4, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 325, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 573 e 575.

(2) *Não herdará os bens do dito orfão.*

Esta pena nunca se applica a Mai ou Avó (*arg.* da Ord. deste tit. § 3, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 249 n. 14).

« Por Direito Romano, diz o mesmo Borges Carneiro no § 249 n. 32 e nota, incorre nesta pena o parente proximo que escusando-se de servir, não pedir Tutor para o pupillo: da mesma sorte que a mãi (Heineccio to. 4 317). »

Mas esta pena não se entende com os parentes que forão excluidos por incapazes das Tutorias; por quanto não lhes he imputavel a falta.

Outro tanto succede com os que se escusão por impossibilidade ou suspeição (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 861).

Esta Ord. somente procede nos que se evadirem da Tutoria por contumacia ou sem causa; ainda mesmo que tenhão alguma das escusas derivadas de privilegio, as quaes não eximem da Tutoria legitima.

Carvalho no *Proc. Orphan.* nota 263 exprime-se desta forma :

« Não ha cousa mais justa do que ser privado do commodo da successão aquelle, que sem justa causa se subtrahe ao incommodo da administração da Tutela.

« Esta pena não só tem lugar á respeito dos Tutores seculares, mas dos Ecclesiasticos, por que uns e outros podem ser constrangidos á Tutela *legitima* (Ord. do liv. 3 t. 11 § 3 e Cabedo—*Dec.* 89 e 82).

« He porem necessario que a dita pena seja decretada por sentença, precedendo conhecimento ordinario. »

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*c*) a pag. 884, e to. 4 nota (*b*) á pag. 861, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 635.

(4) *Obrigará hum homem bom do lugar.*

He esta a Tutela *dativa.*

As pessôas que não podem ser dadas por Tutores em testamento, tambem não podem ser encarregadas das Tutelas dativa ou legitima.

« Por Direito Romano, diz Borges Carneiro no § 250 n. 4 e nota, esta nomeação he acto *legitimo*, e que por tanto só competia a certas autoridadas maiores, e se não podia fazer sob condição, *in diem* ou *ex die* (Heineccio to. 4 § 315). »

Carvalho no *Proc. Orph.* § 117 nota 215, exprime-se desta sorte :

Esta especie de Tutela recahe quasi sempre em pessôas incapazes, por se não empregarem os meios neces-

seja abonado(1), discreto, digno de fé, e pertencente para ser Tutor e Curador do dito orfão, e para guardar e administrar sua pessoa e bens, que o orfão tiver nesse lugar: ao qual fará entregar o dito orfão, e todos seus bens per scripto(2).

M.—liv. 1 t. 67 § 27.

8. E tendo o orfão alguns bens em outro lugar fóra da jurisdicção do dito Juiz(3), este Juiz screverá com diligencia ao Juiz do lugar, onde os ditos bens stiverem, dando-lhe declaradamente a informação do negocio, e requerendo-lhe da nossa parte, que faça logo dar um Curador abonado a esses bens, e lhos faça entregar per scripto, sendo-lhe primeiro dado juramento(4), que os administrará bem e fielmente, e dará conta delles, e dos fructos e rendas, que renderem, a todo o tempo que para isso fôr requerido.

E o dito Juiz tenha cuidado de haver a resposta per scripto do outro Juiz, a que tal recado enviar(5), e da obra, que por elle fez: o que todo se screverá no inventario dos bens do dito orfão, para todo vir a boa arrecadação.

E faça o dito Juiz de tal maneira, que por sua culpa, ou negligencia os bens dos orfãos não recebam dano, porque todo o dano e perda, que receberem pagará por seus bens (1).

M.—liv. 1 t. 67 § 28.

9. E os Tutores, que não sendo parentes, forem constrangidos, não serão obrigados ter as ditas Tutorias contra suas vontades mais que dous annos continuos(2), contados do dia, que começarem reger e administrar.

E acabados os dous annos, o Tutor requererá logo ao Juiz dos Orfãos, que dê outro Tutor ao orfão.

E o dito Juiz constrangerá logo ao outro, na maneira que dito he: ao qual mandará entregar per scripto(3) todos os bens e rendas do orfão, constrangendo o Tutor, que de antes foi, que lhos faça logo entregar realmente, e com effeito.

E não fazendo a entrega do dia, que a conta fôr acabada(4), até nove dias primeiros seguintes, seja logo prezo(5), até que

---

sarios para se fazer uma acertada escolha, e tal qual a recommenda a Ord. do liv. 4 t. 102 § 7 nas palavras: —o *Juiz obrigará um homem bom do lugar*, etc.

« Os Juizes, ou por não terem conhecimento dos individuos do seu districto, ou por quererem poupar-se á um trabalho, de que não recebem emolumentos, encarregão quasi sempre aos Escrivães a escolha dos Tutores, resultando d'aqui milhares de inconvenientes.

« Foi para evitar, que o Cod. Civ. dos Francezes art. 405 e seguintes, determinou que, não tendo os Orphãos Tutores *testamentarios*, e tendo-se escusado, ou sendo incapazes os *Legitimos*, se procedesse á nomeação de Tutores em um Conselho de Familia, presidido pelo Juiz competente.

« E na verdade quem pode conhecer melhor o Tutor, que convem aos Orphãos, que os seus parentes?

» Na falta de parentes devem ser convocados os amigos por que a amizade equivale, e muitas vezes excede o parentesco.

« Este methodo de eleger os Tutores he digno de ser adoptado entre nós, servindo nesta parte as disposições daquelle Codigo de Direito subsidiario, etc. »

(1) *Que seja abonado.*

T. de Freitas na *Consol.* art. 258 e nota diz o seguinte:

« Alguns entendem que os Tutores *dativos* não devem prestar fiança, visto que este § 7 não a exige.

Da leitura do Alv. de 7 de Dezembro de 1689 colhe-se uma solução affirmativa, ibi: — *e aos estranhos por termo nos autos com fiador abonado, se o tal Tutor o não fôr por seus bens de raiz, que possua, em que os do Orphão rasoadamente possão ter segurança.* »

(2) *Per scripto.*

Essa determinação não se encontra quanto aos outros Tutores, e comtudo se observa.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 861, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 11 § 13, 14 e t. 12 § 4, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 328.

(3) Esta disposição he a mesma do § 24 da Ord. do liv. 1 t. 88, apenas com a falta de uma ou outra palavra, o que he facil confrontar.

(4) *Juramento.*

Vide nota (1) ao § 5 supra deste tit. a pag. 1001.

(5) *A que tal recado enviar*, i. e., a que tal aviso, ou communicação fez.

(1) *Pagará por seus bens.*

Esta pena he independente das que se achão no Cod. Crim., contra os que são omissos no desempenho dos seus deveres (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 241 n. 14).

Corrêa Telles na *Dout. das Acç.* § 271 nota, diz com relação ao Juiz o seguinte:

« Esta acção somente ha lugar depois de executado o Tutor, e de se não haver delle o que mal gastou. Assim se deve entender a Ord. do liv. 4 t. 102 § 8 *in fine.*

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 11 § 13, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 329, *Notas á Mello* to. 2 pag. 574, 576 e 600 e *Obrig.* pag. 97.

(2) *Mais que dous annos continuos.*

Carvalho no *Proc. Orphan.* nota 228, diz ácerca deste versiculo o seguinte:

« Os Tutores *dativos* não podem ser constrangidos a servir mais de dous annos, findos os quaes devem dar contas, e fazér entrega (Ord. do liv. 4 t. 102 § 9).

« He duvidoso se os *testamentarios* e *legitimos* podem despedir-se arbitrariamente da Tutela, dadas que sejão as primeiras contas no tempo marcado pela Ord. do liv. 1 t. 88 § 49?

« A respeito dos primeiros parece-me que só poderão desonerar-se da Tutela, allegando e provando legitima escusa, principalmente se receberão algum legado, que o Pai dos Orphãos lhes deixou.

« A respeito dos segundos estou persuadido que o incommodo da Tutela deve repartir-se com igualdade por todos aquelles, que tem direito á successão, se forem idoneos.

« A respeito das Mãis, e Avós tutoras não ha duvida alguma, por que como depende da sua vontade o quererem, ou não a Tutela de seus filhos, ou netos (Ord. do liv. 4 t. 102 § 3), por isso se ellas se despedirem quando derem as Contas, deve nomear-se outro Tutor. »

(3) *Entregar per scripto.*

Concorda com o § 7 deste tit. *in fine.*

(4) *Que a conta fôr acabada.*

Vide Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 27 § 242 e 243, e Carvalho—*Proc. Orphan.* cap. 21 e 23.

(5) *Até nove dias primeiros seguintes, seja logo prezo.*

O Dec. n. 834—de 2 de Outubro de 1851, tratando das attribuições do Juiz de Direito em Correição dispõe no art. 32 § 7 o seguinte:

« *Prender* os Tutores, Curadores e Administradores, que houverem dissipado e extraviado os bens e rendimento dos Orphãos e pessoas semelhantes, e delles não fizerem entrega no *prazo legal*, se não tiverem bens por

da cadea com effeito pague, e entregue ao Tutor novo tudo o que per conta fôr achado, que deve ao orfão.

E assi se faça cada vez que algum Tutor fôr removido, ou dado outro de novo(1).

M.—liv. 1 t. 67 § 29.

10. E se algum Tutor, não sendo pa-

---

onde paguem (Ord. do liv. 4 t. 102 § 9), devendo immediatamente ordenar que se proceda á formação da culpa.»

O Av. n. 249—de 31 de Agosto de 1855 tratando sobre disposições relativas á arrecadação de bens de defunctos e ausentes, diz *in fine*:

« E por esta occasião observa ao Sr. Inspector (da Thesouraria de Sergipe) que embora seja da competencia dos Juizes de Orphãos recorrer a prizão dos Curadores, na forma da Ord. do liv. 4 t. 102 § 9, e aos Procuradores e mais Agentes fiscaes corre a obrigação de requerê-la á quelles nos casos em que se deva verificar; essa attribuição todavia não prejudica o direito que cabe aos Inspectores das Thezourarias de applicarem aos mesmos Curadores, quando entenderem necessario, e na falta de providencias dos mencionados Juizes, as disposições do Decreto de 5 de Dezembro de 1849. »

T. de Freitas na *Consol.* art. 305 e nota, referindo-se ao Dec. n. 834—de 1851 no art. 32 § 7 supra transcripto diz :

« Avista da disposição deste Regulamento cessou a questão de estar a Ord. revogada pela L. de 20 de Junho de 1774 § 19, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno.

« Alem disto, o caso he especial, semelhante ao do Depositario judicial remisso, e do extrajudicial condemnado por sentença, contra os quaes procede-se com prizão nos termos da Ord. liv. 4 t. 49 § 1 e t. 76 § 5. O Regulamento citado manda tambem que se proceda a formação da culpa, o que he de extremo rigor.

« As contas são tomadas em processo separado, não nos Inventarios, posto que depois á estes se appensem.

« Julgadas por sentença ; verificado o alcance, se o o Tutor não vem logo pagar, extrahe-se do processo a Carta de sentença, e por ella requerido o Tutor, assignão-se-lhe nove dias em audiencia para pagar o alcance com pena de captura, do que se forma um processo de execução.

« Lançado o Tutor, se dentro de nove dias assignados, deixa de pagar, he julgado o lançamento, e expede-se então mandado de captura.»

Continuando accrescenta :

« Compete hypotheca legal (art. 3 § 2 da novissima lei hypothecaria) aos menores sobre os immoveis do Tutor ou Curador. A hypotheca *legal* dos menores (art. § 11 da citada Lei) he geral, comprehensiva de immoveis presentes e futuros, salvo se fôr especialisada, determinando-se o valor da responsabilidade, e os immoveis a ella sujeitos.

«A inscripção (art. 9 § 12 da cit. Lei) da Tutela ou Curatela deve ser requerida pelo Tutor ou Curador antes do exercicio, pelo Testamenteiro. Pode ser requerida (art. 9 § 13 da cit. Lei) por qualquer parente do orphão. Incumbe (art. 9 § 14 da cit. Lei) ao Tabellião, ao Escrivão dos Orphãos ou da Provedoria, e ao Juiz de Direito em Correição. »

« Um anno depois (art. 9 § 4 da cit. Lei) da cessação da Tutela ou Curatela, cessa a hypotheca legal dos menores, salvo havendo questões pendentes.

« Pela omissão da inscripção (art. 9 § 22 da cit. Lei) o Tutor e Curador ficão sujeitos as penas do estellionato, verificada a fraude. »

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 858, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 11 § 19, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 34, *Execuç.* pag. 184, e *Diss.* pag. 45, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 586, 587, 597, e 625.

rente do orfão(1), quizer ter a Tutoria mais tempo, que os ditos dous annos, achando o Juiz que a administrou bem o tempo passado, e que he abonado para isso, e que não ha outra causa para lhe dever ser tirada(2), deixar-lhe-ha ter a dita Tutoria, em quanto o bem fizer, e bem parecer ao Juiz(3).

M.—liv. 1 t. 67 § 30.

TITULO CIII.

Dos Curadores, que se dão aos Prodigos e Mentecaptos(4).

Porque além dos Curadores, que hão de ser dados aos menores de vinte cinco annos(5), se devem tambem dar Curadores(6) aos Desasisados e desmemoriados(7), e aos Prodigos(8), que mal gastarem suas fazendas.

Mandamos que tanto que o Juiz dos Orfãos souber que em sua jurisdicção ha algum Sandeu, que por causa de sua sandice possa

---

(1) *Não sendo parente do Orfão.*

Por que sendo, não depende de exercer a Tutoria alem do biennio.

(2) *E que não ha outra causa para lhe dever ser tirada.*

Todas estas circumstancias deve ter em vista o Juiz antes de conceder a prorogação.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Silva Pereira—*Rép. das Ords.* to. 4 nota (*a*) a pag. 860.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 30 e 31, Carvalho—*Proc. Orphan.* cap. 22, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* de § 212 á 227.

Nesta Ord. trata-se tão sómente da Curadoria dos Prodigos e mentecaptos.

Vide o que a respeito destes interdictos dissemos nas notas ao tit. 81 deste liv.; assim como sobre as outras Curadorias a Ord. do liv. 1 t. 78 § 7, e t. 90.

(5) *Aos menores de 25 annos.*

Esta disposição está de accordo com a do § 6 da Ord. deste liv. t. 104, onde se declara que o Curador só he dado ao maior de 14 annos, e menor de 25 annos. O Tutor só deverá ser dado ao impubere.

(6) *Se devem dar Curadores.*

Para que os individuos nestas circumstancias possão receber Curadores, he indispensavel que preceda exame medico de Sanidade (*Accordão* da Relação do Rio de Janeiro de 22 de Julho de 1851).

(7) *Desasisados e desmemoriados.*

Desasisado, propriamente, he o falto de siso, e de juizo, louco completo.

Desmemoriado, he o falto de memoria, esquecido, propriamente o *idiota*, o *demente*.

José da Foncêca no seu *Diccionario de Synonimos* faz a seguinte distincção entre *demencia* e *loucura*:

« A *demencia* he a abolição total da faculdade de raciocinar; he um estado de estupidez em que a intelligencia se esvaece, a phantasia se desordena, e a memoria se diminue e transtorna, apresentando só ideas inconnexas e disparatadas, que o *demente* se obstina em olhar como muito rasoaveis.

« Nesta qualidade convem a *demencia* com a *loucura*; com a differença que aquella costuma nascer da fraquesa e debilidade, e esta de excesso, de arrebatamento, de furor.

« Assim que, se costuma chamar *loucura* em seus excessos ao enthusiasmo, ao éstro, ao furor poetico, á toda a paixão exaltada, que arrebata até ao *delirio*, e a commetter acções culpaveis e desordenadas. »

(8) *Prodigos.*

Vide Ord. deste liv. t. 81 § 4 e nota (1) á pag. 910.

fazer mal(1), ou dano algum na pessoa, ou fazenda(2), o entregue a seu pai, se o tiver(3), e lhe mande de nossa parte, que dahi em diante ponha nelle boa guarda, assi na pessoa, como na fazenda; e se cumprir(4), o faça aprizoar(5), em maneira que não possa fazer mal a outrem.

E se depois que lhe assi fôr encarregada a guarda do dito seu filho, elle fizer algum mál, ou dano a outrem na pessoa ou fazenda, o dito seu pae será obrigado a emendar tudo, e satisfazer pelo corpo e bens(6), por a culpa e negligencia, que assi teve em não guardar o filho.

E os bens que o Sandeu tiver, serão entregues ao dito seu pai per inventario(7) feito pelo Scrivão dos Orfãos, e o Juiz ordenará certa cousa(8) ao dito pai per que o haja de manter(9).

M.—liv. 1 t. 67 § 37.

---

(1) *Que por causa de sua sandice possa faser mal.*

« Esta clausula da Ord., diz Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 30 § 26 n. 6 e nota, se deve tomar *demonstrativa* e não *taxativamente*: pois a Curadoria se deve dar do mesmo modo aos Sandeus *innocentes*, »

T. de Freitas ná *Consol.* art. 311 e nota accrescenta:

« Quasi sempre precede exame de Medicos, que he a prova preliminar para o reconhecimento da loucura, e determinação da Curadoria; mas, ainda que não tenha havido esse exame do interdicto, as partes interessadas podem demandar a nullidade dos contractos e testamentos dos loucos, produsindo todo o genero de provas. Vide *infra* as notas aos arts. 326 e 994. »

Carvalho no *Proc. Orphan.* nota 288 diz:

« O exame dos Medicos, ou Cirurgiões, deve preceder, e preferir neste caso á qualquer outra prova.

« Nos intervallos, em que os furiosos recuperão o juiso, deve-se-lhes facultar a administração, cessando interinamente as funcções de Curador.

« Não estão na classe dos *furiosos*, nem se dá Curador aquelles, em quem se nota uma demasiada simplicidade, sem desarranjo do cerebro. »

(2) *Ou fasenda.*

Vide Ord. deste liv. t. 76 § 5 e nota (1) ao mesmo §, assim como Corrêa Telles—*Interp.* § 2.

(3) *O entregue á seu pai, se o tiver.*

Vide Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (c) á pag. 768, e to. 2 nota (b) á pag. 608.

(4) *E se cumprir*, i. e., e se fôr necessario, indispensavel, etc.

(5) *O faça aprisoar*, i. e., prender, segurar, etc.

Vide Cod. Crim. art. 12.

(6) *Pelo corpo e bens*, i. e., pagará por seus bens, e soffrerá prisão.

(7) *Per Inventario.*

Este inventario se faz no Juizo dos Orphãos, ainda mesmo que interessem maiores (Ord. do liv. 1 t. 78 § 7 e L. de 3 de Novembro de 1830 art. 4).

Na falta de Escrivão dos Orphãos occupa o seu lugar um dos Tabelliães do Judicial (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (a) á pág. 119, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 30 § 261 de n. 6 em diante).

(8) *O Juiz ordenará certa cousa*, etc.

« O Juiz, diz Borges Carneiro § 261 n. 10 e 11, arbitra logo alimentos para o sustento e cura do demente, e se he casado, tambem para sua mulher não sendo ella a Curadora, e para seus filhos (*Rep. das Ords.* to. 3 nota (a) á pag. 701).

Estes alimentos são taxados, segundo a qualidade e fortuna do demente.

(9) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Ag. Barbosa—*Castigat.* n. 335 e 336, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (a) a pag. 313, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 10 § 14, t. 12 § 4, liv. 2 t. 12 § 5, 7 e 8, t. 13 § 6, liv. 3 t. 5 § 3 e 14 nota, e t. 14 § 11, e Almeida e Sousa—*Diss.* pag. 44, *Notas á Mello* to. 1 pag. 407, to. 2 pag. 616, 618 e 625, e *Obrig.* pag. 173.

1. E sendo o Sandeu, ou Prodigo ou desmemoriado casado, será entregue a seu pai, se o tiver, e será feito pelo Juiz e Scrivão dos Orfãos inventario de todos os bens moveis e de raiz, e da renda delles, e assinará o Juiz á sua mulher o necessario para seu mantimento, e dos filhos se os tiver, e para vestir e calçar e alfaias de casa, e outras despezas necessarias, conforme a qualidade de sua pessoa, e da fazenda do dito seu marido; e ao pai, que he dado por seu Curador, se dará juramento(1), que bem e fielmente governe a fazenda e bens do filho, e faça delle curar com bôa diligencia a Medicos, segundo lhe fôr necessario, e a qualidade de sua pessoa requerer.

E o Juiz mandará screver ao Scrivão todas as despezas, que o dito seu Curador fizer, assi ácerca da cura e mantimento do dito seu filho, como do mantimento e despesas, que fizer com a mulher e filhos do dito seu filho para tudo vir a bôa arrecadação.

Porém, se sua mulher viver honestamente, e tiver entendimento e discrição, e quizer tomar carrego de seu marido(2), ser-lhe-

---

(1) *Se dará juramento*, etc.

Esta obrigação imposta ao pai, tambem se estende aos outros Curadores por maior rasão.

(2) *E quiser tomar carrego de seu marido.*

Logo se *não quiser*, não pode ser constrangida a acceitar essa Curadoria;

Todos os outros Curadores que a lei manda nomear, não se podem escusar, *ex vi* das palavras da Ord.—*e lhe manda de nossa parte* (princ.) *e o constrangerá* (§ 4), e *seja constrangido* (§ 5).

T. de Freitas na *Consol.* art. 363 e nota, apresenta a seguinte duvida, que resolve negativamente:

« *Quid*, se a mulher do demente fôr menor? Está claro que não pode ser Curadôra, em vista do disposto no art. 312 § 4 e 5, e sobretudo attendendo-se ao art. 262 § 5, que prohibe a Tutoria e Curadoria aos menores de vinte e um annos, ainda que tenhão supplemento de idade. »

Pensamos diversamente. Sendo esta uma Curádoria toda excepcional, parece que se o Legislador exigisse a condição da idade, teria sido tão explicito como para os outros requisitos.

Cumpre ainda notar que entre o disposto no § 3 da Ord. deste liv. t. 102, e a presente, ha grande differença nas condições estabelecidas pelo Legislador.

As outras mulheres, seja qual for a sua idade e juiso, não podem servir de Curadoras (Ord. deste tit. § 5 nas palavras—*varão e maior.*

Entretanto Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 30 § 261 n 17 e nota cita o seguinte exemplo em contrario:

« Instituindo D. Maria.., o Convento da Graça por herdeiro de seu filho demente (substituição exemplar), com declaração que em vida della, administraria o Convento sua pessôa e bens, decidio a Res. de 7 de Maio de 1668, que, visto não poderem os Religiosos por Direito ter a Curadoria do demente, como já julgara uma sentença que o mandára entregar á umas suas parentas, e posto que estas *como mulheres*, tambem não possão ter a dita Curadoria; comtudo por ser mais favoravel ao demente dispensar nesta segunda prohibição, manda que seja conservado na casa dellas, arbtirando-se-lhe os alimentos necessarios, depositando-se o sobejo para se dar por sua morte á quem pertencer (*no Dezembargo do Paço* liv. 5 fol. 284).

No mesmo § 261 n. 18 accrescenta:

« Geralmente sobre as pessôas que sejão incápazes ou escusaveis da Curadoria dos Dementes, e Prodigos se observa o mesmo que a respeito dos menores: e esta he a

hão entregues todos seus bens, sem ser obrigada fazer inventario (1).

M.—liv. 1 t. 67 § 38 e 48.

2. E esta Curadoria administrará o pai ou a mulher, em quanto o filho ou marido durar na sandice. E tornando a seu perfeito siso e entendimento, ser-lhe-hão tornados e restituidos seus bens com toda livre administração delles, como a tinha, antes que perdesse o entendimento.

E o pai será obrigado dar conta (2) como os regeo e administrou(3), em quanto foi seu Curador.

E se alguma duvida houver(4) entre elles sobre a dita conta, determine-a o Juiz como achar per Direito (5).

M.—liv. 1 t. 67 § 39.

3. E sendo furioso per intervallos e interposições de tempo, não deixará seu pai (1), ou sua mulher de ser seu Curador no tempo, em que assi parecer sesudo (2), e tornado a seu entendimento. Porém, em quanto elle stiver em seu siso e entendimento, poderá governar sua fazenda (3), como se fosse de perfeito siso.

E tanto que tornar á sandice, logo seu pai, ou sua mulher usará da Curadoria, e regerá e administrará a pessoa e fazenda delle, como dantes (4).

M—liv. 1 t. 67 § 40.

4. E não tendo o Desasisado pai, nem mulher, e tendo algum avô da parte do pai, ou da mãi (5), o Juiz lhe encarregará a Curadoria.

E tendo ambos vivos, a encarregará ao que para isso fôr mais pertencente, e o constrangerá (6) que aceite o dito cargo (7).

M.—liv. 1 t. 67 § 41.

5. E no caso que o Desasisado não tiver pai, nem mulher, nem avô, seja constrangido para ser seu Curador seu filho varão (8), se o tiver tal, que seja (9) para isso idoneo, e maior de vinte cinco annos; e não tendo tal filho, seja constrangido seu irmão (10), para isso pertencente, e maior da dita idade, e que tenha casa manteúda, em que viva; e não havendo tal irmão, será constrangido

---

mente da Ord. transferindo esta materia para o tit. 104, que se segue ao dos Dementes e Prodigos.

Vide T. de Freitas—*Consol.* art. 314 e nota.

(1) *Sem ser obrigada fazer inventario.*

Parece que o Legislador confere aqui este privilegio á mulher presuppondo o casamento por costume do Reino, em que he ella meeira (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) a pag. 609).

Assim como não he a mulher obrigada a fazer inventario, da mesma sorte não está sujeita á prestar contas (*Gazetta nova dos Tribunaes* n. 200).

No mesmo caso está o marido (Borges Carneiro § 261 n. 13).

Estes por Direito Romano não podião ser Curadores das mulheres, o que hoje, diz Borges Carneiro § 246 n. 32, geralmente se não observa.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) á pag. 768, to. 2 nota (*a*) a pag. 609, to. 3 nota (*a*) a pag. 601, e to. 4 nota (*b*) á pag. 313, e nota (*a*) á pag. 314, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 7 § 3 e 6, e t. 12 § 8, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 535.

(2) *E o pai será obrigado a dar conta*, etc.

A essa obrigação não está sujeita a *mulher* pelo que já se disse na nota (1) ao § precedente, e porque tratando no principio deste § da administração do *pai*, ou da *mulher*, neste versiculo não se refere mais o Legislador á mulher.

(3) *Administrou.*

Diz T. de Freitas na *Consol.* art. 314 nota, que a nossa Legislação foi *omissa* quanto ao modo de administrar os bens dos dementes e prodigos.

O Av. n. 124—de 20 de Setembro de 1847 declarou que as quantias pertencentes aos prodigos e mentecaptos, entrando para o Cofre dos Orphãos, devião passar para os das Thesourarias, afim de vencerem os mesmos juros, que os dos orphãos.

O Av. n. 473—de 5 de Novembro de 1868 declarou que os dinheiros dos loucos *de todo o genero* gosão dos mesmos favores, e garantias concedidas aos dos menores.

(4) *E se alguma duvida houver*, etc.

Referindo-se á este versiculo diz T. de Freitas na *Consol.* art. 323 nota o seguinte:

« As disposições da novissima lei hypothecaria sobre a hypotheca legal com que soccorre os menores são em tudo applicaveis aos loucos e prodigos, que a mesma lei denomina—*interdictos*. Estas disposições achão-se transcriptas na nota ao art. 305. »

Vide nota (5) no § 9 da Ord. deste liv. t. 102.

Continuando accrescenta:

A inscripção da hypotheca dos *interdictos* subsiste (art. 9 § 2 e 3 da citada Lei), por todo o tempo da interdicção. Um anno depois da cessação da Curatella cessa a hypotheca legal dos interdictos, salvo havendo questões pendentes.»

(5) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) a pag. 768, to. 2 nota (*b*) a pag. 609, *Mello* Freire—*Inst.* liv. 2 t. 12 § 8, e Almeida e Souza—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 535.

(1) *Não deixará seu pai*, etc.

Portanto ainda que hajão lucidos intervallos, a curadoria continúa.

(2) *Sesudo*, i. e., sisudo, com juiso.

(3) *Poderá governar sua fazenda.*

He indispensavel que taes lucidos intervallos, sejão por largo espaço, e conhecidos taes pelo Curador, ou peritos.

He mui difficil precisar taes casos, a executar a Ord.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) a pag. 768, e to. 2 nota (*a*) a pag. 610, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 12 § 7, e Almeida e Souza—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 535.

(5) *Avô da parte do pai, ou da mãi.*

Sendo ambos vivos, não he preferido o paterno, mas o que fôr idoneo, *pertencente* como se expressa a Ord.

(6) *E o constrangerá.*

Esta expressão está de accordo com a do § 5 —*seja constrangido*, e no principio—e *lhe mande de nossa parte.*

Este Curador não pode escusar-se do encargo. O que aliás he permittido á mulher, como se vê do § 1 deste tit.

(7) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 610, e Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 12 § 8.

(8) *Seu filho varão*, etc.

Mas este para funcionar depende de idoneidade, e de idade maior de 21 annos (out'ora 25).

A declaração de *varão*, importa a exclusão das filhas, ainda tendo idoneidade, e idade maior.

(9) *Se o tiver tal, que seja.*

A primeira edição diz:—*varão tal que seja.*

Preferimos a versão do texto, que he da nona de Coimbra por ser mais correcta.

(10) *Seja constrangido seu irmão.*

Este para ser Curador, além dos dous requisitos indispensaveis para o filho, cumpre que tenha casa *manteúda*, em que viva.

seu parente mais chegado (1), assi da parte do pai, como da mãi, que para isso fôr pertencente, e abonado em tantos bens, que abastem, segundo a fazenda e patrimonio do Desasisado.

E não tendo parentes, seja constrangido qualquer estranho idoneo e abonado (2), como dito he (3).

M.—liv. 1 t. 67 § 32 e 43.

6. E se o Juiz per inquirição souber (4), que em a Cidade, Villa, ou lugar de seu julgado ha alguma pessoa, que como Prodigo desordenadamente gasta e destrue sua fazenda (5), mandará pôr Alvarás de edictos nos lugares publicos, e apregoar per Pregoeiro, que dahi em diante ninguem venda, nem escaimbe, nem faça algum outro contracto, de qualquer natureza e condição que seja, com elle, sendo certos, que todos os contractos, que com elle forem feitos, serão havidos por nenhuns (1).

E além disso, se o dito Prodigo per virtude de taes contractos alguma cousa receber, não poderá mais por ella ser demandado (2).

---

(1) *Seu parente mais chegado.*

Este alem de idoneidade, precisa ser abonado, de modo a garantir o patrimonio do mentecapto.

Segundo o Direito Romano a Curadoria dos dementes tambem pertencia aos seus parentes mais proximos (*tutela legitima*), e somente em falta ou tendo escusa, era permittido ao Juiz nomear estranhos.

(2) *Estranho idoneo e abonado*, i. e., as mesmas condições exigidas para o parente.

He porem notavel, que quando o Legislador trata do Curador estranho, usa do termo—*idoneo*, e quanto aos Curadores parentes, serve-se do outro termo—*pertencente.* Comquanto sejão synonimos, era escusada a mudança, de que pode-se originar duvidas, em prejuizo do governo e recto sentido das Leis.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*c*) á pag. 610, e Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 12 § 8.

(4) *Per inquiriçao souber.*

« A Curadoria do *Prodigo*, diz Carvalho no *Proc. Orphan.* nota 287, não pode decretar-se sem prévio conhecimento de causa, com citação daquelle, á quem se pretende tirar a administração de seus bens pelo motivo da prodigalidade, Ord. do liv. 4 t. 103 § 6 nas palavras—*per inquirição.*

« He applicavel, emquanto á forma deste processo, o que dissemos a respeito do da *remoção* dos Tutores nas notas 270 á 274.

« Julgada com effeito a prodigalidade, passão-se e affixão-se editaes nos lugares publicos, para que ninguem mais contracte com o Prodigo, e se lhe noméa Curador. Prefere nesta Curadoria o marido a respeito da mulher, e a mulher á respeito do marido, *querendo-a ella*, e vivendo honestamente cit. Ord.

« Na falta ou repugnancia de conjuge, prefere: 1º o Pai, 2º o Avô paterno ou materno, 3º os Irmãos e mais consanguineos pela ordem da successão.

« Não havendo algum destes, ou sendo incapazes, ou succedendo-se por causa legitima, tem então lugar a Curadoria *dativa*, nomeando-se um estranho idoneo, e fazendo-se a nomeação pelo modo, que dissemos na nota 215. »

A respeito do processo previo para se formar a Curadoria do Prodigo, eis o que diz Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 31 § 264 n. 7, 8 e 9:

« A esta inquirição e processo deve preceder citação do Prodigo, para ser sabedor da prudencia que se vae tomar á seu respeito (Strikio—*Us. mod.* liv. 27 t. 10 § 1, *Faber* ibi, e *Rep. das Ords.* t. 4 nota (*c*) á pag. 314 verbo—*Prodigo*).

« O interdicto e Curadoria estabelecida sem este conhecimento de causa *he nullo*, salvo se a prodigalidade *fôr notoria* (Strikio cit. § 1, *Rep.* cit. pag. 314 e to. 1 pag. 768, e Guerreiro—*de Dat. Tut.* liv. 4 cap. 3 de n. 70 á 75).

« O que he *arduo*; por que pode revogar-se este procedimento na instancia superior, onde não haverá *notoriedade* »

(5) *Desordenadamente gasta e destrue sua fazenda.*

Tal he a definição que do *Prodigo* dá o Legislador. He por tanto o homem que corre á miseria, disperdiçando seus haveres.

Mas Mello Freire restringe a noção de *Prodigo* aos que gastão os seus bens sem fim algum e como loucos.

Neste numero não podem entrar os que gastão com demasia em liberalidades, e os que empregão o que tem em jogos, e outros vicios (Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 12 § 9).

Com esta doutrina conformão-se Carvalho—*Proc. Orphan.* nota 287 e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 31 § 264 n. 5 e nota, onde accrescenta:

« Assim parece exigir o sagrado direito de propriedade e o perigo de se perturbar a paz das familias, se se dér grande extensão ao referido arbitrio do Juiz (*na classificação dos Prodigos*): igualmente são hoje por toda a parte raras as Curadorias dos Prodigos:—o que comtudo, diz Strikio, não procede de não os haver, mas de negligencia dos Juizes (*Strikio* to. 10 § 1): pois restringindo-se em extremo aquella definição, resulta muitos damnos que a lei tem querido acautelar (*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*c*) a pag. 768 verbo—*Curador*).

(1) *Todos os contractos......serão havidos por nenhuns*

Vide a nota seguinte.

« A Curadoria do *Prodigo*, diz T. de Freitas na *Consol.* art. 325 e nota, não he uma Curadoria *de pessôas* como a do menor, mais o Prodigo fica privado da capacidade civil, e por isso não pode fazer contractos, testamento, e estar em Juizo activa ou passivamente. Seu Curador deve representa-lo nos actos em que a representação he possivel.

« Em alguns actos e representação não he possivel como no Testamento.

« O Prodigo pode viver onde bem lhe approuver, e não está no caso do menor ou do Demente.

« Segundo as circumstancias, arbitrados os alimentos, pode o Juiz mandar ou não entrega-los ao Prodigo. Se a entrega fôr perigosa por temor da propria dissipação, he justo que o Juiz a recuse, do contrario não se conseguiria o fim da lei. »

Borges Carneiro no § 264 n. 11 e nota, pensa diversamente, a nosso ver, sem rasão.

Quanto ao testamento dos Prodigos, veja-se o que diz o mesmo Borges Carneiro no § 265 n. 8 e nota.

(2) *Não poderá mais por ella ser demandado.*

T. de Freitas, na *Consol.* art. 326 nota, faz as seguintes observações:

« Só depois do interdicto publicado os *Prodigos* são havidos por incapazes de obrigar-se, e são nullos seus contractos A incapacidade he só effeito da lei, e não incapacidade natural

« Dahi a differença (Pothier—*Obrig.* n. 51) entre estes interdictos, e os dos loucos.

« Todos os contractos feitos por um louco, mesmo antes do seu interdicto, devem ser annullados á requerimento de parte, provando esta que no tempo do contracto já existia *loucura*, por quanto he a loucura por si só que fa-lo incapaz de contractar, sem dependencia de sentença que lhe tolha a administração de seus bens.

« Ao inverso, os contractos feitos por um *Prodigo* antes de interdicto são validos, ainda que já então fosse prodigo; por quanto a sentença que por tal o julgou he que fa-lo incapaz de contractar.

« O mesmo deve-se diser a respeito dos *Testamentos* (Vide *infra* arts. 993 § 3 e 994).

« Vale porem o contrácto, diz Borges Carneiro no § 265 n. 3, e 4, emquanto he util ao *Prodigo*, e o seu Curador pode intentar acção por elle: pois que os contractos feitos com o Prodigo *claudicão*, e só se lhes veda deteriorar, não melhorar a sua condição, do modo que fica dito ácerca dos menores (Moraes—*Execut.* liv. 2 cap. 20 n. 41).

« Porem se o credor provar que o dinheiro ou cousa que fez objecto do contracto se gastou *em proveito* do

E feito tudo istó, e scripto pelo Scrivão dos Orfãos, dará o Juiz Curador á fazenda e bens do tal Prodigo (1), guardando em tudo (2) o que acima dissemos do Desasisado (3).

M.—liv. 1 t. 67 § 44 e 45.

7. E esta Curadoria durará, em quanto o dito Prodigo perseverar em seu máo governo; e tornando elle em algum tempo a bons costumes (4) e temperança de sua despesa, pola fama, que delle houver, e pelo arbitrio e juizo de seus parentes, amigos e visinhos, que o saibam e affirmem per juramento dos Evangelhos, em tal caso lhe serão entregues seus bens (1), para os livremente reger e administrar (2).

M.—liv. 1 t. 67 § 46.

8. E estes Curadores dados assi aos Desasisados, como aos Prodigos, não serão obrigados a servir mais em cada huma Curadoria, que dous annos cumpridos (3), segundo acima he ordenado ácerca do Curador dativo, que he dado ao menor de vinte cinco annos, salvo no caso (4), onde lhe fôr dado por Curador seu pai, ou sua mulher ou avó, porque cada hum destes terá Curadoria, em quanto o Sandeu durar na sandice, ou o Prodigo em seu máo governo (5).

M.—liv. 1 t. 67 § 47.

TITULO CIV.

Dos que se escusam de ser Tutores (6).

Porque as pessoas, que são dadas por Tutores, algumas vezes se escusam de o ser,

---

do Prodigo, este será obrigado a restituir (Strikio—*Us. mod.* liv. 12 t. 1 § 23 no fim).

Continuando na nota diz:

« Posto que não sei de Lei Romana que prove esta these a respeito do *Prodigo*; comtudo ha aqui a mesma razão que acerca dos menores dementes, Igrejas, etc: nem he digno de mais favor. Com esta excepção pois se hade entender á cit. Ord. do liv. 4 t. 103 § 6 no versiculo—*E alem*.

(1) *Curador á fazenda e bens do tal Prodigo.*

Vide *supra* notas (3) e (4) a este §.

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 31 § 264 n. 11 tratando sobre os deveres do Curador do *Prodigo*, exprime-se nestes termos:

« O Curador deve authorisar os negocios do Prodigo; cuidar de seus bens e dos seus direitos judicial e extrajudicialmente; fazer inventario, etc.: tudo *como fazem* os Curadores dos dementes e dos menores (Ord. liv. 4 t. 103 § 6 e *Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 313). »

E em nota accrescenta:

« Fallou *demonstrativa* e não taxativamente a Ord. cit. § 6 *no fim* que parece restringir esta Curadoria *aos bens*; e se deve concordar com o § 1, ibi: —*o Sandeu ou Prodigo......será entregue a seu pai.* »

Mas sendo tão salientes as differenças entre o *Sandeu* e o *Prodigo*, não he possivel entender-se a Ord. como pretende Borges Carneiro.

(2) *Guardando em tudo*, etc.

Vide nota precedente.

« Que o Pai não pode ser constrangido a acceitar a administração do filho *prodigo*, se ensina no *Rep.* to. 3 nota (*b*) a pag. 313, segundo o Direito Romano, e Arouca *in L. patre furioso*, etc. Porem a Ord. citada § 6 *no fim* manda *guardar em tudo* á respeito destes Curadores o mesmo que com os dementes. Vide § 261 n. 12 e seguintes. »

Pelo que respeita ao direito de testar que a Ord. nega ao Prodigo (Ord. deste liv. t. 81 § 4), diz ainda Borges Carneiro no § 265 n. 8 nota:

« A *Novella* 39 do Imperador Leão admitte o testamento do Prodigo sendo feito discreta e rasoavelmente e muitos doutores inculcão esta jurisprudencia como *recebida pelo uso*, por se presumir que o Prodigo com a cogitação da morte abandona a prodigalidade.

« Comtudo este uso não he bem demonstrado; e em geral as *Novellas* daquelle Imperador não forão recebidas (Strikio—*Testam.* cap. 4 n. 27 e liv. 28 t. 1 § 12). Em Portugal cessa esta questão pela citada Ord. »

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) e (*c*) á pag. 314, e nota (*a*) á pag. 315, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 to. 12 § 9, e 10 e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 616, 618 e 619.

(4) *Tornando elle em algum tempo a bons costumes*, etc.

O levantamento desta Curadoria pode ser requerido pelo proprio Prodigo, ou por qualquer parente seu, tendo este voltado á temperança de despeza; facto que deve provar-se, com testemunhas (*Consol.* art. 327 nota).

Este processo ou inquirição deve em seguida ser completo com o despacho do Juiz declarando o levantamento ou terminação da Curadoria.

« E, diz Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 31 § 266 n. 3, nem parece ser compativel com a Ord. citada § 7 opinião commum, *scilicet*, que sendo *notoria* a emenda do Prodigo cessa *ipso jure* o interdicto, e recobra elle, sem dependencia de sentenca declaratoria a faculdade de contractar, etc (*opinião commum* em Moraes—*de Execut.* liv. 2 cap. 20 n. 40, Caldas, Egidio ibi: L. 1 pr. ff. *curat. furios.*, Strikio—*Testam.* cap. 3 § 29); e sem razão o estendeo a trez annos Mascardo—*Probat.* concl. 123 e 124 n. 14). »

(1) *Lhe serão entregues seus bens*, etc.

T. de Freitas na *Consol.* art. 328 e nota, resolve *negativamente* a seguinte duvida, ácerca da epocha do livramento da Curadoria do Prodigo.

« He nulla a execução da sentença, ou qualquer acto judicial contra o Prodigo pessoalmente antes de ter sido levantada a interdicção, não obstante haver sentença *passada em julgado*, que mandou levanta-la, mas sentença ainda não executada.

« Entendo, que *são validos* todos os actos do Prodigo, ou contra o Prodigo, feitos depois da sentença irrevogavel que mandou levantar a interdicção. »

Vide tambem Borges Carneiro—§ 265 n. 6 e 7.

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*b*) á pag. 315, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 618.

(3) *Dous annos cumpridos*, i. e., completos e perfeitos.

Vide nota (3) § 2, e nota (2) ao § 6 deste titulo; assim como a nota (1) ao § 1 da Ord. deste liv. t. 102 á pag. 996.

(4) *Salvo no caso*, etc.

O Curador *dativo* so he obrigado a servir durante um biennio, mas a mulher, o pai ou avô, durante todo o tempo que durar o estado de sandice do mentecapto, e o máo governo do Prodigo.

Em relação á mulher parece haver incongruencia entre esta disposição, e a do § 1, por quanto neste § está a mulher *obrigada* a ficar na Curadoria por um tempo indefinido, e contra a sua vontade, ao passo que no § 1, e no tit. 102 § tem ella outra liberdade de acção.

Estas disposições parecem conciliaveis, quanto a Curadoria da mulher, disendo-se que ella não pode ser embaraçada na Curadoria, quando o tempo exceda de um biennio.

(5) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*a*) á pag. 769, e Almeida e Sousa—*Diss.* pag. 45, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 625.

(6) Sobre a materia desta Ord consulte-se o Regim. de 10 de Maio de 1634 § 85, L. de 4 de Janeiro de 1645, Alv. de 7 de Novembro de 1673, e de 24 de Fevereiro de 1764 e de 28 de Junho de 1759, e Dec. de 27 de Novembro de 1750, e de 14 de Junho de 1764; assim como Barbosa no respectivo *com.*, e Carvalho—*Proc. Orphan.* nota 259.

para que se saiba quaes escusas são legitimas (1), e quaes não, declaramos que por privilegio (2), que algumas pessoas tenham, nunca se entende serem privilegiadas para deixarem de ser Tutores de seus parentes, as quaes Tutorias se chamam em Direito *legitimas*. Mas sómente aquelle, que assi fôr privilegiado, será escuso de ser Tutor daquelles, que são dados pelo Juiz á pessoas estranhas, que em Direito se chamam Tutores *dativos* (3).

Porém, se algum tivesse cinco filhos legitimos(4) entre machos e femeas, ou tivesse cinco netos, ou netas de algum seu filho, ou filhos, ou de filha, ou filhas, já defunctos, ou essa filha, mãi dos ditos netos, seja casada com outro marido, se esse pai tivesse todos os cinco filhos em seu poder, ou o avò tivesse todos os ditos netos debaixo de sua administração (1), será escuso de todas as Tutorias, quer seja deixado por Tutor em testamento, quer seja parente do orfão, quer dado pelo Juiz, por falta de parentes.

E postoque os ditos cinco filhos, ou netos não sejam vivos ao tempo, que a dita Tutoria fòr encarregada a seu pai (2), ou avô, se elles, ou cada hum delles morreram em acto de guerra, ou indo para ella em nosso serviço (3), estes, que assi morreram, serão

---

(1) *Escusas são legitimas.*

Chama-se *Escusa* o motivo, que dispensa da Tutela, aquelle que a ella he chamado.

Divide-se em *voluntaria* e *necessaria*. Da-se a primeira quando o motivo que a constitue, para valer precisa ser allegado, como os casos desta Ord. neste § inicial.

A *necessaria* impede que se entre no encargo, ainda que o Tutor indicado queira e esforçe-se por servir (Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 1 pag. 553).

(2) *Por privilegio.*

« Esta Ord., diz T. de Freitas—*Consol.* art. 262 e nota, envolve as escusas (*escusa voluntaria*) com a incapacidade (*escusa necessaria*).

« Estabelece no principio, ou § inicial a regra de que as escusas *por privilegios* so eximem da Tutela *dativa*, e não da testamentaria, nem da legitima ; o que hoje he inutil, por que taes privilegios não podem existir (art. 179 § 16 da *Const.*), a não serem ligados aos cargos por utilidade publica.

Vejão-se em Pereira de Carvalho—*Lin. Orphan.* nota 259 varios casos de escusas, que não tem mais applicação. »

(3) *Dativos.*

Vide nota precedente.

(4) *Cinco filhos legitimos.*

« He porém necessario, diz Carvalho—*Proc. Orphan.* nota 257, estarem debaixo da administração daquelle que pretende escusar-se (Ord. do liv. 4 t. 104 pr).

« Contão-se neste numero aquelles, que morrerão na guerra, ou indo para ella (cit. Ord.); os varões e as femeas; os legitimados *per subsequens matrimonium*, e os netos.

« Quando o *quinto* filho está gerado, conta-se como vivo, e aproveita para a escusa.

« He controverso se os filhos, ou filhas, que professarão em alguma Religião, aproveitão tambem ao Pai para se escusar? Ainda que muitos assentão que não, porque a citada Ord. *apenas* manda contar *como existentes* os que morrerão gloriosamente em defesa da Patria, comtudo a opinião contraria he defendida por Guerreiro—*Tract.* 3 liv. 2 cap. 2 n. 41, disendo:—que se com effeito a Lei reputa *como vivos*, os que morrerão pela Patria temporal, tambem se devem reputar *por vivos*, os que morrerão pela Patria celeste. »

Rasão fallaciosa, porquanto as circumstancias não são iguaes, nem ha o perigo e sacrificio feito pelo filho, que morrendo no campo da batalha, justifica o privilegio concedido pela Lei ao pai respectivo. Accresce que o privilegio, sendo materia odiosa, não se pode ampliar a disposição, que deve ser entendida restrictamente.

Barbosa no respectivo *com.* n. 3, assim como Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 247 n. 12, partilhão a mesma opinião de Guerreiro.

A Port. de 17 de Junho de 1810 § 8 eximio dos encargos pessoaes dos Concelhos, o pai que tivesse *trez filhos* nos corpos de Linha, emquanto durasse a guerra. »

(1) *Em seu poder...... debaixo de sua administração.*

Vide a nota precedente, e Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) a pag. 329, e to. 4 nota (*b*) á pag. 858.

« O filho legitimado, ou emancipado, diz Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 247 n. 14, não se conta para este effeito, *por não estar no poder do pai* ; e sem rasão escreverão o contrario Barbosa no *com.* n. 3, e Pegas no *Rep. das Ords.* to. 4 nota ( ) á pag. 858. »

(2) *Fôr encarregada á seu pai.*

A primeira edição diz—*lhe fôr encarregada á seu pai*, no que houve descuido.

(3) *Em acto de guerra, ou indo para ella em nosso serviço*, etc.

Vide a nota precedente.

Convém attender que estas escusas devem ser apresentadas no espaço de cincoenta dias (Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 329, Guerreiro—*de Dat. Test.* liv. 3 cap 16 n. 1 e seguintes, e Oliveira—*de Munere Provisoris*, cap. 3 § 4 n. 7).

A esta doutrina oppõe-se Almeida e Souza—*Acç. Sum.* to. 1 § 383, e Carvalho—*Proc. Orphan.* nota 265 nos seguintes termos:

« Se por Direito Romano se concedia aos Tutores um espaço de tempo dilatado para requererem suas escusas, era em attenção ás distancias; e por isso a sua Legislação nesta parte não deve regular entre nós, aonde os districtos da jurisdicção dos Magistrados são pequenos.

« He portanto pouco reflectida a doutrina de Guerreiro no *Tract.* 3 liv. cap. 16, e de outros muitos.

« O Cod. Civ. Francez art. 439 só concede aos Tutores o espaço de *trez dias*, a contar da notificação, para procederem suas escusas.

« Almeida e Sousa no Tratado das *Acç. Sum.* § 383 na nota diz, que visto não ser uniforme a legislação das Nações, á este respeito, se deve conceder aos Tutores o espaço de *dez dias*, e que findos estes não deverão admittir-se escusas algumas. »

Em Portugal o Dec. de 18 de Maio de 1832 arts. 54 e 55 admittio a doutrina do Cod. Civ. Francez, i. e., que a allegação dos motivos da escusa da Tutela, deve-se fazer dentro de trez dias (Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 art. 702, Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 1 pag. 555, e Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* § 371).

A doutrina admittida em Portugal, parece-nos ser a preferivel nestes casos, por ser Paiz, cuja Legislação foi outr'ora identica á nossa, assim como são semilhantes os costumes.

Carvalho no mesmo *Proc. Orphan.* nota 266 accrescenta :

« No requerimento, que se faz para a escusa, devem *logo* allegar-se *todas* as causas, que a justificão; por que nem ainda no Juiso da appellação se podem allegar outras (*Cod. Fred.* p. 1 liv. 3 t. 3 § 9 e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* § 386).

« Os consanguineos mais proximos do Pupillo devem ser citados, ou pelo menos o Curador que se nomear. Tanto aquelles como este podem contestar o requerimento da escusa.

« Este processo he summarissimo (cit. *Cod. Fred.* § 12); e por isso não admitte replica, e nem treplica, e corre em Ferias (Ord. do liv. 3 t. 18 § 5). »

Continuando diz ainda no § 138, e nota 267:

« Do despacho proferido sobre a escusa compete o recurso de Appellação.

« Querem alguns Doutores que o Tutor nomeado possa logo appellar do despacho, que o noméa (Muller ad Struvium—*Exercit.* 31, thes. 59).

contados para escusar o dito seu pai, ou avô de toda a Tutoria, assi como se fossem vivos (1).

M.—liv. 1. t. 67 § 31.

1. E serão escusos de todas as Tutorias, assi deixadas em testamento, como legitimas, ou dativas, os nossos Desembargadores (2), Corregedores (3), Ouvidores, Juizes (4) e Vereadores de quaesquer Cidades, Villas, ou lugares de nossos Reinos.

Mas os Juizes e Vereadores não serão escusos das Tutorias, de que já fossem encarregados, antes que houvessem os Officios, salvo os Juizes de fóra (5), que Nós enviarmos a algumas Cidades, ou Villas, em quanto nossa mercê fòr; porque estes taes serão escusos de todas Tutorias, postoque ao tempo, em que os enviassemos, já dellas fossem encarregados, e as tivessem aceitadas.

E bem assi serão escusos todos os Officiaes, que são deputados para servir ante os sobreditos, assi como Procuradores, Scrivães, Enqueredores e Contadores, Carcereiros, Porteiros e Caminheiros (6).

M.—liv. 1 t. 67 § 32.

2. E pela mesma maneira serão escusos os que administram cousas nossas, como Védor da Fazenda, Contadores, Thesoureiros, Almoxarifes e todos os mais Officiaes, que outrosi são deputados para servir ante elles: E bem assi os Rendeiros de nossas rendas, que sejam de vinte mil reis para cima (1).

M.— liv. 1 t. 67 § 32 e liv. 2 t. 29 § 7.

3. Item, todo o maior de setenta annos (2), será escuso de toda a Tutoria deixada em testamento, ou legitima, ou dativa.

E bem assi o menor de vinte cinco annos, postoque tenha impetrado Carta nossa (3), por que seja havido por maior, e lhe sejam entregues seus bens, não será constrangido para Tutoria alguma, até ser de vinte cinco annos perfeitos (4). E postoque o tal menor queira ser Tutor, não lhe seja consentido (5).

M.—liv. 1 t. 67 § 33.

4. Item, será escuso de toda a Tutoria o que fôr enfermo de tal enfermidade (6), que razoadamente não possa reger e administrar sua fazenda, em quanto tal enfermidade durar (7).

M.—liv. 1 t. 67 § 34.

5. E bem assi será escuso de toda a Tutoria o Fidalgo de linhagem, ou Caval-

---

« Outros porém, e com mais fundamento, seguem que primeiro deve propôr as causas da escusa, e que só depois de rejeitadas ellas, podem appellar (Strikio —*Us. mod.* liv. 27 t. 1 § 11).

« Esta opinião foi a que abraçou o *Cod. Fred.* p. 1 liv. 3 t. 3 § 8, e o Cod. Civ. dos Franceses art. 440.

« Só poderia ter lugar a appellação se o requerimento da escusa se justificasse logo com documentos, e apesar disto se indeferisse (Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1. § 385).

« Não se appellando no *decendio* passa a sentença em julgado, e não pode mais impugnar-se (Guerreiro —*Tract.* 3 liv. 3 cap. 17 n. 4). »

(1) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 329 e to. 4 nota (*b*) á pag. 858, Mello Freire — *Inst.* liv. 1 t. 11 § 14, t. 12 § 4, e liv. 2 t. 11 § 18, Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 337, e *Notas á Mello* to. 2 pag. 56, 568, e 601.

(2) *Desembargadores.*

Sob este titulo se comprehendião tanto os do Desembargo do Paço, como os das Casas da Supplicação, e do Porto, e das outras Relações.

Como os do Desembargo do Paço, erão Conselheiros d'Estado, assim tambem hoje estes estão comprehendidos na designação do versiculo citado.

(3) *Corregedores.*

Actualmente são os Juises de Direito.

(4) *Juises.*

São hoje os Juises Municipaes, e de Orphãos, e seus Supplentes.

(5) *Juises de Fóra.*

São os Juises Municipaes actualmente, mas o privilegio não pode comprehender os seus Supplentes, por quanto não lhes sobra a mesma rasão (Borges Carneiro —*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 247 n. 3).

(6) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 2 notas (*a*) á pag. 328 e 330, e Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 11 § 18.

(1) *Vinte mil reis para cima.*

Esta quantia está hoje elevada ao triplo em virtude do Alv. de 16 de Setembro de 1814.

« O Direito Romano, diz Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 247 n. 5 e nota, concede o mesmo privilegio aos Administradores ou Procuradores da Real Corôa (*Heineccio* § 356): e geralmente aos Magistrados maiores (Strikio—*Us. mod.* liv. 27 t. 1 § 3).

« Pelo uso actual de muitas Nações concede-se escusa á todos os Magistrados, mesmo aos Vereadores e Procuradores dos Concelhos, e geralmente á quaesquer Empregados em alguma administração publica. »

Vide Ord. do liv. 1 t. 66 § 47, e liv. 2 t. 63 § 2, Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira —*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 328, e Mello Freire — *Inst.* liv. 2 t. 11 § 18.

(2) *Setenta annos.*

Está de accordo com a Ord. do liv. 2 t. 54 (Carvalho —*Proc. Orphan.* nota 240, e Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 247 n. 19).

Esta escusa comprehende toda a especie de Tutorias.

(3) *Posto que tenha impetrado carta nossa*, etc.

Portanto a emancipação alcançada antes da idade por este e outros meios de direito, exclue da Tutoria.

Vide nota (1) á Ord. deste liv. t. 102 § 1 á pag. 996, e (1) do t. 97 § 19.

(4) *Perfeitos.*

Vide supra a nota (1) ao § 1 da Ord. deste liv. t. 102 á pag. 996.

Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*c*) á pag. 328 *in fine*, apoiando-se em Molina sustenta que a mãi, viuva, posto que menor pode ser Tutora de seus filhos.

Este favor não se estende as outras mulheres, ainda mesmo, como out'ora se fazia, que o Desembargo do Paço lhes permitisse o serem Tutoras (Borges Carneiro —*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 246 n. 2 e nota).

(5) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*c*) á pag. 328 e Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 11 § 18, e t. 13 § 13.

(6) *Enfermo de tal enfermidade.*

Vide nota (1) a Ord. deste liv. t 102 § 1, á pag. 997 col. 1, e Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 2 nota (*a*) á pag. 329.

(7) *Tal enfermidade durar.*

O doente de enfermidade incuravel, tem escusa necessaria.

A molestia de que aqui se trata he temporaria.

Vide Barbosa no respectivo *com.*, e Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 2 t. 11 § 18 e t. 13 § 13.

leiro (1), e o Doutor em Leis, Canones, ou Medicina (2), feitos per exame em studo geral (3): e postoque cada hum destes queira ser Tutor, não deve ser a ello recebido. Porém sempre lhe ficará seu direito resguardado de succeder na herança do orfão, se ao tempo de sua morte lhes pertencer per Direito: porque, pois não houve nelles culpa em deixarem de ser Tutores; não lhes deve ser imputada para perderem o direito de succederem ao orfão (4).

M.—liv. 1 t. 67 § 35.

6. E porque além destes Tutores, que são dados aos orfãos, em quanto não chegam a idade de quatorze annos, se são varões, ou até doze, se são femeas; depois que passam da dita idade, e não chegam a vinte cinco annos, lhes são dados Curadores (5), tudo o que acima dissemos ácerca das pessoas, que podem ser Tutores assi deixados em testamento (6), como daquelles, que são constrangidos, por serem parentes dos orfãos (7), como dos que são dados pelo Juiz (8), por falta de parentes, e tambem ácerca das escusas, que por si podem allegar, como em aquelles, que o não devem ser, haverá lugar em os Curadores (9), que forem dados aos menores de vinte cinco annos (10).

M.—liv. 1 t. 67 § 36.

---

(1) *Fidalgo de linhagem, ou Cavalleiro.*
Esta disposição, diz T. de Freitas—*Consol.* art. 262 § 7 na nota, hoje não se observa, posto que não esteja revogada.
A razão da Ord. era que taes individuos, erão personagens poderosas, que podião por sua influencia impedir a acção da lei, quando prevaricassem.

(2) *Doutor em Leis, Canones ou Medicina.*
Tambem não se observa hoje esta disposição, segundo T. de Freitas, citado na precedente nota.
Por Direito Romano, os Doutores erão *escusaveis*, e não *incapazes* de Tutoria (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 28 § 246 n. 19 e nota).
Neste caso tambem erão comprehendidos os Professores de artes liberaes (Borges Carneiro—*Dir. Civ.* § 249 n. 6, e 7).

(3) *Em Studo geral*, i. e., em Faculdade, Academia ou Universidade.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 2 nota (*b*) á pag. 200, e nota (*d*) a pag. 328, e Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 11 § 18, e t. 13 § 13.

(5) *Tutores....... Curadores.*
O que se legisla para uns, tem applicação para outros.
He neste § que o Legislador Portuguez, estabelecêo as differenças entre os Tutores e os Curadores.
Vide Ord. deste liv. t. 102 pr. e nota (1) á pag. 994 seg. col.

(6) *Deixados em Testamento*, i. e., Tutores ou Curadores testamentarios.

(7) *Por serem parentes dos Orfãos.*
São os Tutores ou Curadores *legitimos*.

(8) *Dados pelo Juiz.*
São os Tutores ou Curadores *dativos*.

(9) *Haverá lugar em os Curadores.*
Vide nota (5) supra.

(10) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) a pag. 862, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 11 § 3 e 19, t. 12 § 3 e 5, e t. 13 § 2 e 3, e Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 312.

TITULO CV.

Das mulheres viuvas (1), que casam de cincoenta annos, tendo filhos (2).

Quando alguma mulher casar (3), sendo

---

(1) *Mulheres viúvas.*
Vide nota (3) *infra* ao § inicial desta Ord.

(2) *Tendo filhos.*
Vide mais abaixo no § inicial a nota á outro identico versiculo.
Esta Ord. foi declarada pelo § 29 da L. de 9 de Setembro de 1769, que se pode ler na nota (2) ao § 4 do tit. 102 deste liv.
O Ass. 4—de 23 de Novembro do mesmo anno, declarou que o § 29 da Lei supracitada só tinha applicação aos casos futuros.
Esta importante intelligencia da presente Ord. ficou suspensa, ou melhor revogada pelo Dec. de 17 de Julho de 1778, e até o presente conservão-se as cousas no mesmo pé, não obstante ter decorrido quasi um seculo.
Vide Barbosa no respectivo *com.*, Gama — *Dec.* 320, Cabedo—p. 1 *Dec.* 114, Phœbo—p. 1 *Dec.* 93, Guerreiro—*de Division.* liv. 6 cap. 1 de n. 110 usque 131. Alem destes Jurisconsultos convem ler Egidio — *ad Legem Titiam* Cod. *de cond. et demont.* liv. 3 n. 73, Themudo — p. 2 *Dec.* 174 e p. 3 *Dec.* 328, e Pegas —*Forens.* cap. 8 *per totum*.

(3) *Alguma mulher casar.*
Estas expressões são mais amplas que as da rubrica —*mulheres viuvas*, e por tanto não lhe podem ficar subordinadas, e nem restringido o sentido.
Assim tem-as entendido Pegas—*Forens.* cap. 8 n. 6, 16 e 24, Mello Freire—*Inst.* liv. 2 t. 8 § 12, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 17 n. 11 e nota, Corrêa Telles *Dig. Port.* to. 2 art. 272, Liz Teixeira — *Dir. Civ.* to. 1 pag. 396 *in fine*, Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 136, e T. de Freitas—*Consol.* art. 161 e nota.
Rebouças nas *Obs.* á este art. da *Consol.* combate esta doutrina, expressando-se nestes termos:
« Para que traser á consideração o que alguns querem de extensivo ás *mulheres em geral*, ainda não viuvas? Não podem deixar de ter a alma despotica, ou o espirito enfermo, os que assim contra a letra da lei, querem generalisar uma excepção especial á liberdade dos direitos individuaes, garantida pela lei fundamental do Imperio. »
Em outro lugar, continuando diz:
« Se a rasão da falta de fecundidade supposta nas mulheres maiores de 50 annos, se deve naturalmente ter por commum ás viuvas e ás solteiras, não assim *a da condição de estado*, que não deve ser o mesmo na solteira que parecia contrahir legitimo matrimonio, e e na que da viuvez contrahir segundas nupcias; nem as mesmas rasões de *honestidade, e interesses de familia* se dão nas viuvas, que tem descendentes legitimos; e nas solteiras que não os pode ter senão naturaes, *vulgo concepti* ou *espurios*.
« Sendo geralmente certo que, fóra do caso especial as viuvas constantes do t. 105, e, na proporção, as do § 2 do t. 91 da Ord. liv. 4, os contractos de legitimo matrimonio são *geralmente favorecidos*, tanto que se tem por deshonesta e não escripta nas disposições testamentarias a clausula *si non nupserit* (L. 112 § 3 e 4 ff. *de legat.* e Mello Freire — *Inst.* liv. 3 t. 5 § 34). »
A estas reflexões de Rebouças, dignas por certo de consideração resistem as palavras — *alguma mulher*, e a intelligencia dada a esta Ord. desde longa data: temos ainda o § 29 da L. de 9 de Setembro de 1769, declarando a mesma Ord., o qual no § 4 consagrou a intelligencia que geralmente se dava até aquella data, notando-se que nos parece irrespondivel o que observa Borges Carneiro no lugar supracitado, e que aqui exaramos.
« *Pessoas*. Esta lei procede, assim com a viuva que se recasa tendo descendentes legitimos de primeiro matrimonio, como com a *mulher solteira* que casa tendo descendentes illegitimos, com tanto que successiveis *ab intestato*. »
E em nota diz:
« Esta he sem duvida a mente desta Ord. que *evitou*

de cincoenta annos (1), ou dahi para cima, tendo filhos (1), ou outros descendentes, que por Direito lhe possam succeder(2), não poderá alhear, per titulo algum que seja(3),

---

toda a menção do segundo casamento, e mesmo a sua letra, ibi : — *quando alguma mulher casar.*

« E no *texto* se ha de attender mais que á *rubrica* ou inscripção do titulo, onde a palavra *viuvas* se escreveo inexactamente, ou pelo que mais frequentemente succede ; e, como disem, *demonstrativa* não *taxativamente.* Sem rasão pois se tem opinado o contrario. »

A estas rasões accrescenta Loureiro na nota 68 as seguintes :

« Estabelecemos a respeito da *solteira* quinquagenaria, que passa á primeiras nupcias, tendo filhos naturaes, ou descendentes destes a mesma doutrina, que á respeito da *viuva* quinquagenaria, que, tendo filhos, passa á segundas nupcias :

« Primeiramente, porque, ainda que a epigraphe da Ord. do liv. 4 t. 105 — *das mulheres viuvas, que casão de cincoenta annos, tendo filhos,* não comprehenda as *solteiras*, comtudo os comprehende a generalidade da significação das palavras do corpo della — *Quando alguma mulher casar..... tendo filhos, ou outros descendentes, que por Direito lhe possão succeder.*

« Em segundo lugar, porque os filhos naturaes succedem por Direito as mãis, segundo a Ord. do liv. 4 t. 92 e 93 versiculo : — *E quanto* : E assim estão comprehendidos nas palavras da cit. Ord. liv. 4 t. 105 — *filhos...... que por Direito lhe possão succeder* : — intelligencia á que tambem se prestão as palavras antecedentes — *alguma mulher*,, as quaes não restringem necessariamente a significação da palavra — *filhos* ou filhas legitimas, como a restringirião as palavras — *alguma mulher viuva.* »

(1) *Sendo de cincoenta annos*, etc.

« Esta Ord., diz Mello Freire — *Inst.* liv. 2 t. 8 § 12 no scholio, não tem por fundámento o *odio* do matrimonio, mas sim o *favor* dos filhos : a qual no caso em que não ha lugar á communhão, se devem tambem entender dos bens do marido, que casar-se com mulher quinquagenaria, assim como tambem da mesma *terça* dos bens, d'aquella mulher póde dispôr *livremente*, faculdade esta, que de certo esta não teria, se fosse *commum* com o marido. »

Como o fim desta lei era e he o *favor* aos filhos, entendendo-se que na idade de 50 annos e d'ahi para cima não póde a mulher procrear, segue-se que esta Ord. não tem applicação :

1—. Ao viuvo quinquagenario, case ou não com viuva quinquagenaria, tenba ou não descendentes (Cabedo — *Dec.* 114 n. 2, Barbosa *com.* n. 8, e Phœbo — *Dec.* 93 n. 6).

2.—Ao individuo não quinquagenario, que casou com mulher de cincoenta annos ou mais (Pegas — *Forens.* cap. 8 n. 21 e 25).

A Relação da Corte em Accordão de 10 de Outubro de 1865 por unanimidade de votos sustentou esta jurisprudencia (*Revista Juridica* de 1866 to. 3 á pag. 49 e seguintes).

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 17 § 159 n. 17 e nota exprime-se nestes termos :

« Commumente se opina, e *se tem julgado* pela regra de reciprocidade, que os respectivos bens do que casou com a quinquagenaria, não se communicão com ella assim como os ditos bens da quinquagenaria não se communicão com elle (Gama — *Dec.* 90 e Phæbo — *Dec.* 93 n. 10 e seguintes) : e que como a quinquagenaria não pode deixar ao marido mais que a terça dos ditos bens, assim este não lhe pode deixar a ella mais da terça dos seus (Cabedo — *Dec.* 114 n. 3, e Gama — *Dec.* 32o n. 4).

« Porem como não se pode ampliar a Lei alem das pessoas de que tratou, nem sem ella indusir uma pena *he improvavel* esta opinião ; ainda quando a restrinjamos áquelle que, quando casou com a quinquagenaria, tinha de outra mulher filho *successivel*, e somente aos bens taes como aquelles de que a quinquagenaria, não pode dispôr : nos quaes termos a dita opinião he mais toleravel por haver a mesma razão do favor dos primeiros filhos do dito marido. »

O *caso julgado* a que se refere Borges Carneiro he o da Casa da Supplicação de 1612, que apresenta Phœbo na *Dec.* 93 de n. 1 á 4. Vide tambem Ag. Barbosa — *Castigat.* n. 338.

Barbosa no *com.* n. 1, 2 e 3 apresenta differentes factos notaveis de mulheres que conceberão depois da idade de cincoenta annos, tendo algumas dado á luz, mais de um filho ; sobre tudo na região do Entre-Douro e Minho, cuja fecundidade, pelos factos apontados, he por sem duvida pasmosa ; o que bem explica a circumstancia de ser aquelle torrão, o que de Portugal tem dado mais colonos ao Brazil.

O facto referido pelo mesmo Barbosa *com.* n. 3 de Margarida, Condessa da Hollanda, que de um só parto deu á luz 363 crianças, embora do tamanho de pequenos pintos, parece-nos inteiramente inacreditavel, embora o autor se apoie com o testemunho de differentes escriptores que cita, bem como seu filho Ag. Barbosa nas *Castigat.* n. 337 corrobore o asserto como testemunho de outros.

(1) *Tendo filhos*, etc.

Vide nota (2) á rub. deste tit.

Sendo a mulher viuva ou solteira, como já o disse na nota (1) á este §, he claro que na expressão *filhos*, se comprehende os *legitimos* e *illegitimos* successiveis.

Fagundes na obra *de Justitia et Jure* liv. 1 cap. 24 n. 3 sustenta á doutrina de que os *filhos* de que trata esta Ord. são tão somente os *legitimos*, se a mulher fôr nobre (Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*c*) a pag. 780).

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t, 17 § 159 n. 18 e seguintes, assim se exprime :

« Procede (*nesta lei*) ou a dita mulher tenha filhos ou outros descendentes de grão ulterior Ord. ibi : — *filhos ou outros descendentes.*

« O contrario he se não tem descendentes, posto que não tenha ascendentes ; pois só aos primeiros quiz a lei favorecer (Pegas — *Forens.* cap. 8 n. 17, *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 427 e Phœbo — *Dec.* 93 n. 7).

« E basta que um descendente successivel esteja vivo *no tempo do ajuste* do casamento, posto que depois falleça Ord. ibi : — *e se ao tempo da sua morte não tiver descendentes* (Barbosa — *com.* n. 5, 6 e 9).

« Que cessa a lei se aquelle descendente consente no casamento, ou renuncia expressamente ao beneficio desta lei (Barbosa — *com.* n. 7, e Heineccio e to. 4 § 179).

Vide tambem o mesmo *Dir. Civ.* no tit. 17 § 155 n. 4 e nota.

He porem necessario que neste ultimo caso, os descendentes sejão pessôas capazes de contractar (T. de Freitas — *Consol.* art. 161 na nota á pag. 107).

(2) *Per Direito lhe possam succeder.*

Vide nota precedente.

Não tendo a mulher quinquagenaria filhos, da-se a communhão de bens, casando segundo o costume do Reino (*Gasetta dos Tribunaes* n. 200 pag. 4 e Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 427, onde se lê a seguinte nota do Dez. João Alvares da Costa:

« *Não tendo filhos*, não tem lugar esta lei, e Barbosa *hic* n. 5, Gama — *Dec.* n. 320; Caldas — *Dec.* n. 114, e se julgou nas partilhas de D. Francisca de Mello, viuva do Desembargador Manoel Bicudo com seus enteados. »

Cumpre porem notar, que a quinquagenaria tendo filhos naturaes, casando com o pai dos mesmos filhos para os legitimar, fica fora do preceito desta Ord. (*arg.* da L. do Cod. *de Legibus*, e do cap. 6 *de Reg. Jur.* n. 6, e Corrêa Telles — *Dig. Port.* to. 2 art. 276 e Liz Teixeira — *Dir. Civ.* to. 1 pag. 396 *in fine*).

(3) *Não poderá alhear, por titulo algum que seja.*

« Logo não podem *communicar*, diz T. de Freitas — *Consol.* art. 161 e nota á pag. 107, com os maridos as duas partes dos bens, por que tal communicação fôra uma entrada social, e o contracto da sociedade tem por fim transferir o dominio dos bens em que as entradas consistem. »

He esta a opinião de Guerreiro — *de Division.* liv. 6 cap. 1 de n. 110 em diante, de Silva Pereira no *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 122, e to. 3 nota (*a*) á pag. 426, e de Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 17 § 158 n. 5.

Mas, accrescenta Borges Carneiro § 158 n. 6, os rendimentos dessas duas terças partes devem sem duvida communicar-se, e tal he a *expressa* disposição da lei no caso analogo da Ord. do tit. 94 § 2 e seguintes.

Entretanto Pegas — *Forens.* cap. 8 n. 21 a 25 sustenta a doutrina, de que a mulher quinquagenaria, a despeito desta prohibição, pode communicar os bens das duas

em sua vida (1), nem ao tempo de sua morte (2), as duas partes dos bens (3), que tinha ao tempo, que concertou de se casar (4), nem as duas partes dos bens, que depois de ser casada (5), houve per qualquer titulo de seus ascendentes, ou descendentes, e sómente poderá dispor da terça dos ditos bens á sua vontade (1). E alhe-

---

terças partes com o marido, por quanto expressamente não foi-ihe prohibido.

O que contesta Borges Carneiro no § 158 n. 4 *in fine*, e Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 art. 272 na nota, declarando que a não communhão de bens *se infere* das expressões *não poderá alhear*, não tendo tido sequito a opinião de Pegas.

Não obstante, a opinião de Pegas não he inteiramente destiuida de fundamento juridico, embora a outra tenha com razão prevalecido no nosso Fôro.

No *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 427 vem apontadas differentes limitações á communicação de bens, alem da desta Ord., referindo-se a Ord. deste liv. t. 46 princ.

A prohibição de alienar, diz Borges Carneiro § 158 n. 10, os ditos bens procede assim a respeito do marido, como de outra qualquer pessôa pois o *motivo da lei* he o favor aos filhos (Pegas—*Forens.* cap. 8 n. 18).

(1) *Em sua vida.*

Portanto nem por meio de troca, venda, ou doação.

(2) *Nem ao tempo da sua morte.*

Nem por testamento, codicillo, ou doação *causa mortis*

(3) *As duas partes dos bens.*

Silva Pereira no—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 123 consigna a seguinte nota do Dez. Oliveira:

« No caso desta Lei podem os descendentes requerer, que a viuva, que casou segunda vez, *faça inventario dos bens*, que tenha, para por este modo se saber delles, e não se divertirem, e assim se julgou; *et est secundum doutrinas*, de quibus Caldas—*Cons.* 13 n. 1.

« *An autem* cautionem præstare *teneatur*? Affirmative respondendum est juxta L. *hac edictali* § 1, Cod. *de secund. nupt.* Gonzalez in cap. *cum constat* 8 *de pignorib.* n. 14, *arg.* etiam Ord. supra t. 91 § 3. »

Continuando transcreve outra nota do Dez. Themudo, contendo o seguinte Aresto:

« *An autem teneatur cautionem præstare de restituendis duabus partibus?* Dic, quod si *bona* sint *mobilia*, debet cautionem præstare, ex Ord. hoc libro t. 91 § 3; et ita *judicatum est* in isto casu, et in terminis hujus Ordinationis, *in causa* de Antonio Pereira do Souto, de Evora contra Luiz Romão e Francisco Rozado, *Scriba* Diogo Ribeiro, e na Corte Domingos de Basto, e Juizes Luiz Pereira de Castro, e Antonio das Povoas. »

Com esta jurisprudencia concorda Borges Carneiro no § 158 n. 3 e 4.

(4) *Que tinha ao tempo, que se concertou de se casar.*

« A disposição desta lei, diz Borges Carneiro § 158 n. 9, e a prohibição de alienar, induz logo que a mulher ajustou de se casar, seguindo-se com effeito o matrimonio, aliás facilmente seria esta illudida (Ord. cit.), ibi: *ao tempo que concertou de se casar* (Pegas—*Forens.* cap. 8 n. 23). »

« Desta disposição se derivão, diz T. de Freitas — *Consol.* art. 161 e nota *in fine*, duas consequencias importantes:

1.—que a prohibição de alienar existe *antes* do casamento em que a mulher o ajustou; pois de outra maneira seria fraudada.

2.—que precedêo tal prohibição se ao tempo do ajuste do casamento a mulher tiver descendente successivel, posto que este falleça antes do casamento. »

Vide tambem Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 art. 273.

(5) *Que depois de ser casada*, etc.

« Esta lei sómente procede á respeito dos bens que menciona: e por tanto, diz Borges Carneiro § 158 n. 18, não comprehende aquelles que a quinquagenaria *depois* do matrimonio adquirir de outrem que não seja seu ascendente ou descendente, pois a Lei requer *cumulativamente* estas duas qualidades (Pegas—*Forens.* cap. 8 n. 19). »

Esta doutrina he combattida com vantagem por Gama—*Dec.* 90 n. 2, e *Dec.* 320, por se dar á respeito de *todos* os bens a mesma disposição. No que está de accordo Guerreiro—*de Division.* liv. 6 cap. 1 n. 117.

Continuando diz no n. 19:

« Se a mulher quinquagenaria que está nos termos da Lei, tiver bens de nomeação, v. g., *Praso*, não pode nomea-los no marido com quem se recasou (Ord. t. 105 versiculo ultimo, Cabedo — p. 1 *Dec.* 114 n. 17 e 18, Guerreiro — *de Division.* liv. 6 cap. 1 n. 129, e *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*c*) á pag. 439 verbo — *marido da mulher*). »

E na nota accrescenta:

« Esta Lei sómente pode hoje ter lugar nos *Prasos*, por se achar abolida a nomeação dos bens do Morgado e Capellas (vide liv. 2 desses bens — obra que o autor não publicou).

« Desta Ord. inferem *à contrario sensu*, que a mulher *não* quinquagenaria pode nomear o Prazo no marido (*Rep.* na nota supracitada): sobre o que *vide* liv. 2 tit. *dos Prasos*, obra, que como já dissemos, ficou em relação inedita.) »

(1) *E somente poderá dispor da terça dos ditos bens á sua vontade.*

Conforme a opinião sustentada na nota (3) supra a pag. 1012, diz Borges Carneiro § 158 n. 7 o seguinte em relação á este versiculo:

« A *Terça* porem que fica á mulher segue as regras geraes, *scilicet*, de se communicar para fazer casal e herança, e terem os conjuges sobre ella o mesmo direito em vida ou por morte, que tem sobre os outros bens do casal (Pegas — *Forens.* cap. 8 § n. 3, Cabedo — p. 1 *Dec.* 124, e Phœbo — *Dec.* 93).

Em nota accrescenta:

« Assim se devem entender as palavras da cit. Ord., ibi: — *somente poderá dispôr da terça dos ditos bens á sua vontade.*

« E não se infira que a disposição desta terça fica ao arbitrio da mulher sem auctoridade do marido, ou que findo o matrimonio, deva separar-se *precipua* para a mulher ou para seus herdeiros: pois a mente desta lei he favorecer os filhos com as ditas *duas* terças, e não dispensar as regras geraes sobre a dita terça a favor da quinquagenaria (Phœbo — *Dec.* 93). »

T. de Freitas commentando este versiculo na *Consol.* art. 163 e nota, exprimio-se nestes termos:

« A *terça* destes bens communica-se com o marido? Entende-se geralmente que *sim*.

« Os bens do marido communicão-se com a quinquagenaria, ou somente o terço delles? Entende-se *geralmente* que só communica-se o terço pela regra da *reciprocidade*.

« Os descendentes que esta Ord. favoreceu tem direito de requerer que a quinquagenaria *faça inventario* de seus bens antes ou depois de realisado o segundo casamento?

Tem direito de exigir que ella *preste caução* na parte relativa ao dinheiro e bens moveis? He seguida a opinião *affirmativa*.

« Se a quinquagenaria não prestar a exigida caução, os descendentes podem requerer *embargo?* He a consequencia em face da Ord. do liv. 3 t. 31 pr.

« Se a quinquagenaria em sua vida alienar os bens, *alem do terço*, podem os descendentes reivindica-los desde logo? Tenho opinado *negativamente* com o fundamento de não haver herança de pessoa viva, mas hoje *não penso assim*, pois que a Ord. manda que em falta de descendentes os bens se devolvão aos ascendentes e collateraes.

« Reivindicados os bens, qual o seu destino? Devem ser restituidos á quinquagenaria? Inclino-me á *affirmativa*.

« Todos esses direitos que competem aos descendentes, competem igualmente nos ascendentes e mais herdeiros, por terem fallecido os descendentes depois do casamento, ou mesmo depois do ajuste lo casamento da quinquagenaria? Sem duvida competem aos herdeiros com direito actual para succeder nos bens. »

A doutrina sustentada por Borges Carneiro, e T. de Freitas tambem he defendida por Corrêa Telles—*Dig. Port.* to. 2 art. 272, Coelho da Rocha—*Dir. Civ.* art. 245 *in fine*, Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 1 pag. 594 *in fine*, e Loureiro—*Dir. Civ. Braz.* § 135, 136 e 139 n. 3.

Mas a doutrina contraria de que as *terças* se não communicão he defendida por Themudo—p. 3 *Dec.* 328, que apresenta em abono desta jurisprudencia um Aresto da Casa da Supplicação de 12 de Desembro de 1647, Mello

ando as duas partes, per qualquer modo que seja, havemos a tal emalheação(1) por nenhuma e de nenhum vigor.

E se ao tempo de sua morte (2), não tiver descendentes, ou ascendentes, as duas partes, que mandamos, que não possa alhear, ficarão aos parentes mais chegados, e da terça poderá testar á sua vontade (1).

E tendo bens que haja de nomear (2), em nenhum delles poderá nomear o marido (3), com que na tal idade casar (4).

M.—liv. 4 t. 75 § 7.

TITULO CVI.

Das viuvas, que casam antes do anno e dia (5).

As viuvas, que se casarem, antes de ser passado anno e dia depois da morte dos maridos, não sejam por isso infamadas (6).

Freire—*Inst.* liv. 2 t. 8 § 12 no scholio, e Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 358, expressando-se por esta forma:

« Tudo quanto diz (*Mello*) no § 12, e sua nota se confirma com as doutrinas de Guerreiro—*de Division.* liv. 6 cap. 1 desde o n. 110. »

O que ainda sustenta no to. 4 das mesmas *Notas* a pag. 394 e 395.

Esta he tambem a doutrina da L. de 9 de Setembro de 1769 no art. 29 § 4, que se pode ler na nota (2) ao § 4 da Ord. deste liv. t. 102.

Liz Teixeira no *Dir. Civ.* to. 1 pag. 394 combatte a opinião de Mello Freire á quem commenta, da seguinte forma:

« Neste lugar da nota expõe o Author o argumento, com que exclue da communhão, na nossa presente especie, as terças, que referimos; e consiste em n'ellas á viuva, ser mantida pela Lei a livre disposição, e como tal faculdade de livremente dispôr, se não dá nos bens communicados, prohibe a Lei que a viuva as communique com o segundo marido.

« Este modo de raciocinar, que o Author acceitou de outros, em nossa opinião, não he mais do que *uma pura subtilesa* para dar aos filhos do primeiro matrimonio um favor, que a lei lhe não concede, e que attaca directamente o direito de propriedade pela mesma lei garantido.

« A Ord. liv. 4 t. 105 deixa á binuba de 50 annos com filhos do primeiro matrimonio a livre disposição quer entre vivos, quer por ultima vontade emquanto *ás terças*, que nos occupão; e desta livre disposição usa ella, communicando-as expressa, ou tacitamente, contrahindo, sem convenção sobre os bens, o segundo matrimonio, pois que o direito de communicar *entra*, ou *comprehende-se* no direito de dispôr, que a Lei lhe não regula, entregando-o inteiramente á vontade da mulher.

« E se ella não pode communicar taes *terças*, para dellas poder dispôr, temos o *absurdo* de não poder dispôr dellas, pois que tambem não pode da-las, permuta-las, nem vendê-las; meios, por que o dominio se cede, e que inhabilitão para dispôr das cousas, que forão nossas.

« Não pode por tanto duvidar-se de que as *terças* ou bens, que o Autor exclue aqui da communhão, são nella incluidos pela lei, o que he confirmado pela *Praxe* attestada no *Digesto Portuguez* nota ao art. 272 no tomo segundo. »

Mas a sua jurisprudencia não abala os fundamentos da sustentada por tão eminentes Jurisconsultos inclusive os redactores da L. de 9 de Setembro de 1769, a letra da Ord., e o Aresto da Caxa da Supplicação de 12 de Desembro de 1647.

E bem que o direito de communicar *entre* ou *comprehenda-se* no de dispôr, não he consequencia que isto se faça sem vontade *expressa* da mulher, pois se o Legislador outra cousa resolvesse não se expressaria de modo tão positivo.

Vide mais abaixo a nota (1) da seg. col.

Cumpre entretanto declarar que na *Gasetta dos Tribunaes* n. 235 pag. 4, vem uma decisão da Relação desta Côrte sustentando a doutrina de que as terças são communicaveis.

(1) *Emalheação*, i. e., alheação ou alienação.

Moraes no *Dicc.* diz que a *alheação* he vocabulo mais antigo e mais Portuguez; *alienação* mais alatinado, e moderno.

(2) *E se ao tempo da sua morte*, etc.

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* § 158 n. 8 diz o seguinte:

« Se no tempo da morte da quinquagenaria não existem já os descendentes que a Lei quiz beneficiar, ou descendentes delles, os ditos bens se devolvem aos ascendentes delles, e em sua falta aos seus collateraes, segundo as regras geraes da successão *ab intestato*. *Assim se deve entender* a citada Ord. do t. 105 no versiculo—*E se ao tempo*, etc. »

He esta tambem a opinião de Corrêa Telles — *Dig. Port.* to. 2 art. 271.

(1) *E da terça poderá testar á sua vontade.*

« Fallecendo a quinquagenaria, ou fallecendo seu marido, diz T. de Freitas—*Consol.* art. 164 nota, deve-se proceder á inventario e partilha, para que o conjuge sobrevivente tire sua meação nos bens que se communicárão. »

A *terça* de que trata o legislador neste versiculo he sempre a terça dos primeiros bens, e não a *terça da terça* communicada, ou antes da metade daquella *terça*, por que esta não necessitava declaração.

Este versiculo he por tanto a condemnação da doutrina daquelles que sustentão que a terça *se communica* sem declaração expressa da mulher; de outra sorte a quinquagenaria não poderia testar *á sua vontade*, como se exprime a Ord.

Vide nota (1) supra á pag. 1013 *seg.* col.

(2) *E tendo bens, em que haja de nomear.*

Vide nota (5) supra *in fine* á pag. 1013 pr. col.

(3) *Poderá nomear o marido.*

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* liv. 1 t. 17 § 158 n. 19 e nota, e n. 20 e 21, exprime-se por esta forma:

« Desta Ord. inferem segundo a regra dos *co-relativos*, que reciprocamente não pode o marido que tiver os ditos bens (*de Praso*), nomea-los na mulher quinquagenaria (*opinião* dos Doutores citados no *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*c*) á pag. 439, e Cabedo—*Dec.* 114 n. 4, 5, 10 e seguintes).

« A qual opinião se se admittir, deve restringir-se ao marido que tinha de outra mulher filho successivel em favor deste, e assim parece sentir o citado Cabedo—*Dec.* 114 n. 10 e seguintes. »

Borges Carneiro ainda neste lugar refere-se ao liv. 2 *dos Prazos* que não publicou.

(4) Vide Ord. deste liv. t. 91 § 2, Barbosa no respectivo *com.*, Gama, Cabedo, Phœbo e Guerreiro nos lugares supra notados, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) á pag. 122, to. 3 nota (*a*) á pag. 426, nota (*c*) á pag. 439 e 607, e nota (*c*) á pag. 780, e to. 4 nota (*a*) á pag. 912, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 10 § 17, liv. 2 t. 5 § 11, t. 8 § 12, e liv. 3 t. 11 § 24 e t. 13 § 5, e Almeida e Sousa—*Dir. Emphy.* to. 1 pag. 243, *Notas á Mello* to. 2 pag. 358, to. 3 pag. 82, e 453 e to. 4 pag. 394.

(5) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Borges Carneiro—*Dir. Civ.* liv. 1 t. 17 § 155 per totum.

(6) *Infamadas.*

Borges Carneiro no *Dir. Civ.* § 155 ns. 2, 3, 4 e seguintes, tratando das penas e desprezo em que outr'ora erão tidas as mulheres que casavão segunda vez, exprime-se nestes termos:

« As Leis Civis lhe impozerão tambem certas penas e restricções, principalmente havendo filhos do primeiro matrimonio tit. Cod. *secund. nupt.*

« Estas penas e restricções forão emfim abolidas, e postas em desuso em quasi todas as nações modernas (cap. ult. X *secund. nupt.* cit. Espen, Cavallarius, *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) á pag. 610 verbo—*Mulher viuva*, Valasco—*de Partit.* cap. 6 ns. 60 e 61, e Strikio cit. to. 2 §§ 33 e 34 e to. 3 § 17). »

Em nota accrescenta:

« Por Direito Romano o viuvo ou viuva que passar a segundas nupcias, perde a dignidade do primeiro matrimonio; a tutela dos filhos; a propriedade dos bens havidos do primeiro conjuge ou por succeder a seus

nem os que com ellas casarem (1), nem lhes levem por isso penas algumas (1) de dinheiro (2).

M.—liv. 4 t. 11.

TITULO CVII.

Das viuvas, que alheam, como não devem, e desbaratam seus bens (3).

Porque a Nós pertence prover, que nin-

---

filhos; os bens deixados com a condição de permanecer em viuvez; e o direito de revogar por ingratidão as doações feitas aos filhos do primeiro matrimonio (Heineccio —to. 4 § 178 e Strikio—*Us. mod*, liv. 23 t. 2 §§ 33 e 34): e não póde doar ou deixar ao segundo conjuge mais do que tocar á um dos filhos (Heineccio—§ 179, e Strikio cit. § 34).

« Estas disposições, sendo principalmente estabelecidas em favor dos filhos do primeiro matrimonio, cessão quando os não ha, ou quando elles renuncião á estes beneficios (Heineccio—§ 179).

(1) *Nem os que com ellas casarem.*

Como se vio na nota precedente as penas contra os que casavão segunda vez forão abolidas, e accrescenta Borges Carneiro no § 155 n. 6, sem excepção daquellas que terião sido estabelecidas em favor dos filhos do primeiro matrimonio; como não se achão estabelecidas em lei Patria, he arduo sem ella admittir pena e privação de bens: e este parece ser o espirito da Legislação novissima estabelecida no Decreto de 17 de Julho de 1778. »

Na nota pondera o seguinte :

« Esta opinião parece ter Mello Freire quando tocando esta questão no liv. 2 t. 5 § 11 nota, menciona sómente as disposições das Leis patrias : e um grande argumento se deduz das duas Ords. (t. 91 § 2 e t. 105 do liv. 4), e casos abaixo expostos nos §§ 157 e 158, que são excepções que firmão a regra em contrario.

1.º—Pela Lei de 9 de Setembro de 1769 §§ 27 e 28, o pai que passasse a segundo matrimonio, tendo filhos do primeiro, *devia fazer inventario* de seus bens, e segurar com caução de indemnidade as legitimas que nelles tocassem aos ditos filhos, sem poder aliena-los; prohibida a communicação dos ditos bens no segundo matrimonio. Havendo Prazos em vidas, ficarão pelo facto do segundo casamento nomeados no filho primogenito, com retro tracção ao tempo do fallecimento da mãi. Os bens adquiridos do segundo matrimonio, se communicavão com certa restricção na terça.

2.º—Pela mesma Lei—§ 29 a viuva que tendo filhos ou netos do primeiro matrimonio, passasse á segundo, estando em idade de ter successão era logo desapossada das legitimas paterna e materna desses filhos e de quaesquer outros bens delles ; inhabilitada para ser sua Tutora provisionaria, e sómente com um direito restriclo nas suas terças.

« Estas disposições (cit. ns. 1 e 2) se verificavão logo que os segundos ou terceiros casamentos estivessem ajustados, inda antes de se celebraem (L. de 23 de Novembro de 1770): não se retrotrahião porém nos casos anteriores á citada Lei (Ass. 4—de 23 de Novembro de 1769).

« Porém posto que estas disposições fossem analogas ao Direito Romano, e aos usos e costumes de algumas nações modernas (Strikio—*Us. mod.* liv. 23 t. 2 §§ 33 o 34), forão comtudo revogadas pelo citado Decreto de 17 de Julho de 1778, e por tanto restabelecida a *exposta* regra geral.

« Comtudo se o pai, que passa a segundo matrimonio, gastar as legitimas dos filhos do primeiro, *serão ellas inteiradas* por quaesquer bens seus ; pois as não podia alienar nem damnificar (Pereira—*Dec.* 50 n. 4, e *Dec.* 86 n. ultimo, e Valasco—*Cons.* 118 n. 10 e seguintes, e *de Partit.* cap. 23). »

Para intelligencia desta nota transcrevemos aqui os §§ 27 e 28 da Lei de 1769 supra citada :

« Muitas vezes têm chegado á minha Real presença vivas, e repetidas queixas das grandes deteriorações, e subsequentes ruinas, que se tem seguido ás Casas dos Meus Reinos de segundos, e terceiros casamentos feitos por homens, que depois de terem estabelecido as suas uma numerosa successão, casão segundas, e terceiras vezes sem necessidade, prejudicando gravemente, e até abandonando os filhos do primeiro Matrimonio para interessarem os do segundo por importunas insistencias das madrastas. E afim de que cessem estas desordens tão prejudiciaes ao augmento das familias, que contém utilidade publica.

« Estabeleço, que todo o pai de familia, que casar segunda vez, tendo filhos do primeiro Matrimonio, seja obrigado a fazer Inventario dos bens móveis, semoventes, de raiz, e acções, que tiver ao tempo do dito segundo Matrimonio, e a segurar com caução de indemnidade as legitimas, que nos taes bens tocarem ao filho, ou filhos do dito primeiro Matrimonio ; de sorte que não possão distrahir-se, e menos alhear-se por qualquer titulo que seja : Prohibindo, como prohibo, a communicação dos referidos bens pelas segundas nupcias.

« E tudo o referido debaixo das penas do sequestro, e nullidade dos contractos, que se fizerem para as alheações das sobreditas legitimas, as quaes gozarão do privilegio dos bens dotaes desde a mesma hora do fallecimento das primeiras mulheres.

« Havendo nestes casaes Prazos, que sejão vitalicios, ficarão pelos factos dos segundos casamentos *ipso jure* nomeados nos filhos primogenitos, retrotrahindo-se esta legal nomeação ou tempo ao fallecimento das defunctas suas mãis ; não obstante quaesquer nomeações, que depois delle se hajão feito, não havendo estas sido a favor dos filhos do primeiro Matrimonio.

« O mesmo ordeno, que se observe nos Morgados de livre nomeação; sendo regulados pelo referido direito dos Prazos vitalicios. »

« Permitto com tudo, que os outros bens adquiridos depois dos segundos, e terceiros Matrimonios, se possão communicar entre os conjuges, e computar para as legitimas dos filhos, comtanto que as *Terças* fiquem pertencendo áquelles filhos do primeiro Matrimonio, que aos pais communs parecer nomear. »

(1) *Penas algumas.*

Borges Carneiro no § 155 supra citado n. 15 exprime-se nestes termos :

« *Casamento no anno do luto.* Tambem forão abolidas, mesmo á respeito do segundo marido, as infamias e mais penas em que incorrião as viuvas que se recasavão antes do *anno e dia* depois da morte dos maridos: abolição feita pelo Direito Canonico e Portuguez, e pelo uso contrario (Ord. do liv. 4 t. 106), segundo o Direito Canonico (Barbosa no *com.* ibi, *Rep. das Ords.* to. 4 nota (*a*) á pag. 609 verbo—*Mulher viuva*, cap. ult. X: *secund. nupt.*, Van Espen—cap. 3 ns. 11 e 12, e Cavallarius—§ 6. »

Na nota observa o seguinte:

« Alem das penas geralmente estabelecidas contra os que se casavão segunda vez, o Direito Romano prohibia especialmente ás viuvas faze-lo *dentro do anno do luto*, em reverencia a seu defuncto marido, e por se evitar a confusão dos filhos ; sob pena de infamia, e não poderem receber por testamento doação *mortis causa*, etc. (Cavallario § 6, Heineccio—§ 177 e 178, e Strikio—*Us. mod.* liv. 23 t. 2 § 22).

« Tambem era infame :

1º—O pai que autorisava este casamento da filha, com algumas excepções.

2º—O marido que casava com ella, ou, sendo filho-familias, o pai que o autorisava para isto.

3º—A mesma viuva sendo *sui juris* (Heineccio—t. 1 § 402 e nota).

« O Principe dispensava no dito anno (Heineccio to. 1 § 402 no fim).

« Este tempo do lucto e penas da sua infracção regia sómente para as viuvas, não para os viuvos á respeito de suas mulheres defunctas (Strikio—*Us. mod.* liv. 23 t. 2 § 32 e liv. 3 t. 2 § 10).

(2) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira—*Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 609, Mello Freire—*Inst.* liv. 1 t. 10 § 17 e liv. 2 t. 5 § 11, e *Hist.* § 59, e Almeida e Souza—*Notas á Mello* to. 2 pag. 190.

(3) Vide Barbosa no respectivo *com.*

guem use mal do que tem (1), querendo supprir a fraqueza do entender das mulheres viuvas (2), que depois da morte de seus maridos desbaratam o que tem (3),e ficam pobres e necessitadas, e querendo outrosi prover como seus successores não fiquem danificados (4); mandamos que se fôr provado (5), que ellas maliciosamente ou sem razão desbaratam, ou alheam seus bens, as Justiças dos lugares (6), onde os bens stiverem, os tomem todos, e os entreguem a quem delles tenha carrego (1), até verem nosso mandado, e a ellas façam dar mantimento, segundo as pessôas forem, e os encarregos que tiverem.

E façam-o saber a Nós, para mandarmos prover nesses bens, em maneira, que os que os houverem de herdar,não recebam dano(2).

M.—liv. 4 t. 10 pr.

1. Porém, se a tal viuva foi mulher de Fidalgo, ou de Desembargador, ou Cavalleiro, se as Justiças da terra tiverem della tal informação, por honra do marido e da sua linhagem (3), façam-nol-o logo a saber antes de outra cousa,para mandarmos o que fôr de Direito sem scandalo de sua geração(4).

M.—liv. 4 t. 10 § 1.

---

(1) *Ninguem use mal do que tem.*
Este principio importa a limitação do direito de propriedade, e tem uma tal latitude que contraria o principio da Constituição, de que o cidadão gosa do direito de propriedade em toda *a sua plenitude*, tendo por tanto o uso e abuso da propriedade, sómente limitado quando importar prejuizo de terceiro.

(2) *Fraquesa do entender das mulheres viuvas.*
He a mesma rasão da Ord. deste liv. t. 61, onde no princ. usa de identicas expressões.

(3) *Desbaratão o que tem.*
O que importa incorrer no defeito de *prodigalidade.*

(4) *Prover como seus successores não fiquem danificados.*
Conseguintemente o interesse do Legislador não he sómente beneficiar as viuvas, mas e tambem aos seus herdeiros e successores.

O principio desta Ord. está de accordo com o do t. 105, em que tambem se trata de prevenir *prodigalidade* de outra especie.

(5) *Que se fôr provado.*
He por tanto indispensavel, como a respeito dos Prodigos, previo processo, em que a mesma viuva deverá ser citada.

(6) *As Justiças dos lugares.*
Outr'ora era o Juiz Ordinario, ou o de Fóra, hoje seria o Municipal, e não o de Orphãos (Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 31 § 267 n. 1). A doutrina contraria era defendida por Carvalho — *Proc. Orphan.* nota 289, e prevalecêo entre nós; porquanto hoje este negocio he da competencia do Juiz dos Orphãos.

T. de Freitas na *Consol.* art. 160 e nota diz á respeito o seguinte:

« Questionão os Praxistas se o Juiz dos Orphãos he competente para este caso. O costume actualmente he officiar o Juiz dos Orphãos em todos os casos de prodigalidade. »

---

(1) *E as entreguem á quem delles tenha carrego.*
Os bens são confiados á um administrador, ou Curador, não tendo esta Curadoria nada de especial, regulando-se em geral pelas disposições relativas aos Prodigos (T. de Freitas — *Consol.* art. 160 e notas 324 á 328).

Mas esta prodigalidade das viuvas não as inhabilita como nos Prodigos de fazer testamento (Ord. deste liv. t. 81 § 4, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 3 nota (*a*) a pag. 610, *in fine*, e Borges Carneiro — *Dir. Civ.* liv. 1 t. 31 § 267 n. 4).

(2) Vide Ord. deste liv. t. 105, Barbosa no respectivo *com.*, Silva Pereira — *Rep. das Ords.* to. 1 nota (*b*) a pag. 124, to. 3 nota (*a*) a pag. 610 e to. 4 nota (*c*) a pag. 914, Mello Freire — *Inst.* liv. 2 t. 12 § 10, e liv. 3 t. 2 § 3 e nota, e *Hist.* § 58, Almeida e Sousa — *Notas á Mello* to. 2 pag. 619, to. 3 pag. 82.

(3) *Por honra do marido e da sua linhagem.*
Esta Ord. não está revogada, em vista da Lei de 20 de Outubro de 1823, bem que seja este um privilegio que a Constituição não assegurou.

Entretanto hoje he bem difficil de executar-se em presença da forma de Governo existente. Naturalmente se prescindirá dessa previa consulta, que sómente se poderia fazer ao Corpo Legislativo.

(4) Vide Barbosa no respectivo *com.*, Mello Freire — *Inst.* liv 2 t 12 § 10 e Carvalho — *Proc. Orphan.* nota 289.

ADDITAMENTOS

LEGISLAÇÃO PORTUGUEZA

ALVARÁ DE 4 DE SETEMBRO DE 1810.

Revoga a Ord. do liv. 4 tit. 5 § 2 (1).

Eu o Principe Regente. Faço saber aos que o presente Alvará com força de Lei virem: Que devendo ser toda a Legislação uniforme em systema, e coherente em seus principios, e mui ajustada aos de Direito Natural, fonte da Justiça universal, para que as suas decisões assentadas nos dictames da Razão, e do justo sejão respeitadas, e observadas como convem, e sem contradicções, e difficuldades; e sendo sem controversia estabelecido pelos Direitos Natural, Romano, e Patrio, e pelo das Nações cultas, e civilisadas, que no contracto da compra, e venda, ajustado o preço, e entregue ao comprador a cousa vendida, e ao vendedor o preço, ou fiando-o elle, não só fica o contracto aperfeiçoado, mas completo de todo; que por meio da tradição passa o dominio para o comprador, ainda quando o ajuste foi feito *habita fide de prætio*; que deste contracto nascem as acções pessoaes *ex empto et vendito*, para se haver por meio dellas a cousa vendida, e o preço; e que a acção de reivindicação he real, e tem origem immediata no dominio.

He incoherente com estas regras justificadas do mais depurado Direito a Ordenação do Livro IV tit. V § II, que determina, que fiando o vendedor o preço com prazo certo, e não se lhe pagando dentro delle póde ou pedi-lo, ou ir haver a cousa vendida do poder do comprador, ou de qualquer possuidor: decidindo-se desta maneira que lhe he licito usar da acção pessoal *ex vendito*, ou da real de reivindicação, quando o dominio, de que ella se deriva immediatamente devia estar no comprador, para quem de sua livre vontade, e pelo facto da venda o transferio o vendedor sem convenção alguma espècial; não merecendo consideração o argumento de que em tal caso fica o dominio revogavel, sobre ser argucia, e subtileza dos Comentadores, destituidos dos principios solidos de Direito, não pôde sustentar-se sem offensa da certeza de dominio, e que muito convem attender em materia de Legislação á cerca do Direito de propriedade.

E não sendo a Decisão da referida Ordenação conforme com os principios geraes até da mesma Legislação patria; e sendo contraria ao bem commum, e utilidade do Publico, que muito interessa na estabilidade, e firmeza dos contractos, pelos embaraços, que da sua execução resultão nas transacções da vida civil, e commercial, vendo qual quer que se repula Senhor de alguma cousa porque a houve de quem se julgava legitimo dono, virem reivindicar-lha, e nascendo questões, e litigios de evicções, e authorias sempre embaraçados, e muitas veses inuteis, por ter já decaido de bens aquelle de quem se deve ultimamente haver o preço da compra.

E querendo evitar estes pleitos, e demandas porfiosas, e prejudiciaes á tranquillidade, e felicidade dos meus fieis Vassallos, e livrar o commercio de semelhantes difficuldades, que retardão, e empecem o seu giro, que importa seja mui facil, e livre, maiormente devendo considerar-se o contracto da compra, e venda o mais geral, e necessario para a sua prosperidade, por lhe servir pela maior parte de base, e fundamento; e sendo além disto mui conforme á sciencia da Legislação ajuntar nas decisões legaes a justiça com publica utilidade.

Tendo ouvido o parecer de pessoas doutas, e zelosas do meu Real serviço, e da prosperidade geral: Hei por bem revogar a sobredita Ordenação do liv. IV tit. V § II, e determinar que fiando o vendedor o preço seja, ou não por prazo certo, tenha somente a acção pessoal para pedi-lo, e não possa haver a coisa vendida, por que lhe não fosse paga no tempo aprazado, devendo entender-se, que a concessão do espaço para o pagamento sem outra convenção, não importa mais do que não poder pedir-se o preço antes delle findar-se.

Pelo que mando, etc.

Dado no Palacio do Rio de Janeiro, em 4 de Setembro de 1810. — Principe, com guarda.

(1) Vide Ord. deste liv. t. 5 § 2, e nota (3) á pag. 783.

ALVARÁ DE 27 DE NOVEMBRO DE 1804.

Dá providencias á bem da Agricultura, e herdades da Provincia do Alemtejo, em Portugal (1).

Eu o Principe Regente, faço saber aos que este Alvará com força de Lei virem. Que tendo-me sido presente por muitos requerimentos dos Lavradores, proprietarios das herdades da Provincia do Além-Tejo, as diversas interpretações com que se procedia na devida execução do Alvará de vinte de Junho de mil sete centos setenta e quatro, com grande damno da cultura, e incertesa do direito em que cada hum devia estar, tanto da sua propriedade, como do seu arrendamento: duvidas que tambem erão frequentes sobre os afforamentos dos terrenos incultos, ainda depois do Alvará de vinte e trez de Julho de mil setecentos sessenta e seis; sendo igualmente frequentes as representações para se obter a faculdade de fazer tapadas, encanamentos de agua, e semelhantes serviços para bemfeitorizar as terras.

E tendo mandado consultar esta importante materia na meza do Dezembargo do Paço, e proceder ás diligencias, e averiguações, que se fazião necessarias, para que conservando-se o interesse dos Lavradores se promovesse tambem a melhor cultura, e se não prejudicasse a classe dos proprietarios, que devia tirar vantagem do melhoramento dos seus predios: Querendo estabelecer as regras pelas quaes deve continuar o execução das sobreditas Leis; sou servida determinar o seguinte:

1. Que se observe em toda a sua rigorosa, e litteral intelligencia o Alvará de vinte de Junho de mil setecentos setenta e quatro, e Decreto de vinte e um de Maio de mil setecentos sessenta e quatro que estabelecerão a conservação dos Lavradores, e na forma ordenada no paragrapho sexto do mesmo Alvará, os Corregedores me darão conta das diligencias determinadas, em todos os annos regularmente, finda que seja a Correição de sua Comarca.

2. Que alem dos trez casos estabelecidos nos referidos Alvará, e Decreto, para ter lugar o despejo de não se pagar a renda, de se arruinar a herdade, ou dos edificios, ou nos arvoredos, e de se pôr de Cavallaria; será tambem outra causa justa de despejo o não se ter feito na herdade bemfeitoria alguma, podendo-as admittir a mesma herdade, cada vez que findarem os nove annos, que ao diante são determinados para se conservarem sem augmento algum os arrendamentos.

3. No fim dos actuaes arrendamentos expressos, ou tacitos, e para o futuro de nove em nove annos será permittido aos Senhorios o requerer se levantem as redes, se entenderem não ser proporcionado, e justo o preço do arrendamento antecedente: e a Meza do Desembargo do Paço, tendo precedido as necessarias averiguações, e feito o arbitramento por Louvados, lhe concederá Provisão para o augmento que fôr justo.

4. A preferencia que se tem concedido aos Senhorios para a cultura das suas Herdades sómente se permittirá da publicação deste Alvará em diante, no caso dos Senhorios quererem habitar as Herdades, ou cultiva-las por seus Criados, ou Feitores, com a lavoura, e abegoaria competente estabelecida nas mesmas Herdades: ficando competindo o regresso determinado no paragrapho segundo do mesmo Alvarà, logo que ponhão a Herdade de Cavallaria, ou a fação habitar por Caseiros, para negociarem as pastagens. Tendo porém habitado, ou cultivado a Herdade pelos seus Feitores na sobredita fórma, por quatro annos, a poderão depois arrendar de novo livremente, sem que tenha lugar o regresso.

5. Em qualquer caso em que o Lavrador haja de sahir da Herdade, em que tiver feito bemfeitorias, estas lhe serão pagas pelo Senhorio da Herdade, avaliando-se por Arbitros, e competindo-lhe a hypotheca concedida no paragrapho segundo do sobredito Alvará, para haver o seu pagamento: sem que porém se admitta o direito de retenção de bemfeitorias, para não ser fraudado o despejo.

6. Em todas as Herdades, e Defezas serão os Senhorios, ou Lavradores, que as cultivarem, obrigados a fazer lavrar todos os annos a folha competente da mesma Herdade, ou defeza, na fórma determinada no sobredito Alvará, sem excepção, ou effugio algum, ou elle seja pretextado em ter o Lavrador outras Herdades, ou pretextado com os usos, e posturas de pastos communs. E da mesma fórma em todas as Herdades da Provincia do Além-Tejo, ou da Beira, poderão os seus Lavradores tirar Coutada para o Gado de Lavoura, ou de creação da mesma Herdade na fórma do uso quasi geral da Provincia de Além-Tejo, a qual poderá ser igual, mas não maior do que a Folha que foi semeada no anno antecedente. Observando-se as posturas a este respeito nas terras aonde as houver, e nas mais terras regulando-se pelas Posturas das Villas mais visinhas, em que assim estiver estabelecido o uso de tirar Coutada.

7. Nos mais Terrenos, ou sejão Courêllas (1), Sesmarias, ou quaesquer outros,

---

(1) Vide Ord. deste liv. t. 11 pr. e nota (4) á pag. 789.

(1) A *Courella* tem 100 braças de cumprimento, e 10 de largura.

nas Provincias de Além-Tejo, e da Beira, ainda naquelles districtos em que está em uso o Direito chamado de Pastos communs, poderão os seus Proprietarios fazer Tapadas; com tanto que não comprehenda cada huma das mesmas Tapadas mais do que huma Courella, ou Fazenda de semelhante extenção; e que não embaracem caminhos publicos, Fontes, ou Canadas(1): em cujo caso a Camara as poderá fazer embargar; e aquelle que fôr gravado, recorrerá pela Meza do Desembargo do Paço.

8. Naquellas Tapadas em que por algum Titulo, ou Contracto, sendo o Terreno de hum dono, a hervagem, ou pastos são de outro Proprietario, será permittida a adjudicação ao Proprietario do Terreno, pagando-se pelo seu justo preço: assim como está estabelecido para a Adjudicação das arvores pela Lei de nove de Julho de mil setecentos setenta e trez nos paragraphos undecimo e decimo setimo.

9. Nas defezas, Coutadas, Rocios ou Baldios dos Concelhos, ou que forem em commum dos Moradores, se conservarão os usos, e Posturas das Camaras, pelo que pertence ás Sementeiras, que nelles se podem fazer, e aos seus pastos. Porém os Arvoredos ficarão coutados, e serão guardados os seus fructos, e arrematados em Praça, como o são os mais rendimentos das Camaras; para se applicar o seu producto na fórma estabelecida pela Lei, e posturas do Concelho.

E aquelles, que forem Arvoredos silvestres, que sómente admittão córtes para madeiras, ou lenhas, serão divididos em Folhas, para se lhe poderem fazer córtes regulares; e o seu rendimento, ou producção será applicado na conformidade dos usos, e posturas, que houver nas Camaras. E não será permittido cortar arvore, tirar rama, ou lenha dos mesmos Arvoredos, cortar, ou destruir as arvores novas, salvo nos desbastes, ou alimpas que regular a Camara, debaixo das mesmas penas que estão impostas áquelles que mettem gados acintemente nas Sementeiras.

E nos Terrenos dos particulares será punido com as mesmas penas aquelle que, ainda a titulo de pastos communs, cortar arvore, ou embaraçar que seu Dono resalve quaesquer arvores, que no seu Terreno quizer crear.

10. Os Afforamentos dos bens publicos serão regulados pela determinação do Alvará de vinte e trez de Julho de mil setecentos sessenta e seis. Quando porém a maioridade dos moradores visinhos de algum dos Baldios, e Maninhos requerer a sua divisão, a repartição do Terreno, e a quantia do Foro será regulada por Louvados, com a natureza de Prazos perpetuos, e por essa avaliação se deferirá sem dependencia de irem á Praça. E nos bens particulares, os pequenos Afforamentos de Terrenos incultos, que não excederem a dez Geiras de terra, ainda que sejão de Morgados, Cappellas, Bens da Coroa, ou das Ordens, sendo feitos pelos seus legitimos Administradores, não havendo fraude, serão válidos sem dependencia de Provisão, de Licença ou de Confirmação.

11. Em qualquer das Provincias do Reino, aonde ou alguma Povoação em commum, ou algum Proprietario em particular emprehender o tirar de algum Rio, Ribeira, Paul, ou Nascente de agua, algum Canal, ou Levada para regar as suas Terras, ou para as esgotar sendo inundadas, requererá a qualquer dos Ministros de Vara Branca do Termo, ou Comarca, para que lhe demarque, e assine o lugar, e sitio mais commodo, por onde ella póde ser construida, ouvindo o parecer de Louvados, ou de pessoas intelligentes: o qual do que acordarem mandará formalisar um processo verbal, e por elle lhe dará, ou negará a licença para a construcção, citando-se por Editos as partes interessadas; e do que julgar se poderá recorrer á Meza do Desembargo do Paço. Não poderão estas obras ser embaraçadas pelos Proprietarios dos Terrenos, por onde ellas passarem: mas serão obrigados á deixarem construir o Aqueducto, e passar a agua, pagando-se-lhe o prejuiso por arbitrio de Louvados(1).

12. Exceptuo porém as Quintas nobres, e muradas, e os quintaes dos Predios urbanos nas Cidades ou Villas, pelos quaes seria de grave prejuiso a construcção de levadas, ou canaes para as régas: pois a respeito dessas sómente se poderá obter a Licença por expressa Resolução minha, tomada em Consulta da Meza do Desembargo do Paço, no caso de se verificar um grande interesse na construcção do Canal.

E exceptuo tambem o caso em que a levada prejudique a outra já construida, ou seja para réga de Terras, ou para alguns Engenhos; porque então sómente será permittida a Licença, quando possa haver commoda divisão da agua, de fórma que não fique inutil, ou a cultura já feita, ou o Engenho já construido.

13. Os referidos Aqueductos não ficarão constituindo servidão; mas a todo o tempo, que qualquer das propriedades venha a murar-se, ou vallar-se, sómente serão obrigados seus Donos a deixarem passar a

---

(1) *Canadas* são passagens ou caminhos, por lugares ermos, e escusos principalmente para gados e carros.

(1) Vide mais adiante o Alv. de 4 de Março de 1819.

agua; e concertar o Aqueducto; sem serem obrigados á serventia e a dar caminho, ou passagem pela propriedade. Assim como a todo o tempo poderá o proprietario do Terreno requerer a mudança do Aqueducto, se ella não prejudicar á passagem da agua, e fôr conveniente ao predio; fazendo a mudança á sua custa.

E aquelle proprietario que pretender regar de novo as suas Terras, depois de já se achar construido o Aqueducto, será admittido a ter parte na divisão da agua; pagando a sua quota parte da despeza aos mais interessados, que o fizerão construir; e quando esses se não possão individuar, a depositará no Cofre do Concelho. E quando fôr necessario haver divisão judicial da agua, nesta se seguirá o arbitrio de Louvados intelligentes.

14. Nos sobreditos casos pertencerá a jurisdicção á Meza do Desembargo do Paço, na conformidade do Alvará de vinte de Junho de mil setecentos setenta e quatro: e no que pertence aos aforamentos, será dos Tribunaes declarados no Alvará de vinte e trez de Junho de mil setecentos sessenta e seis. E declaro por inexequiveis quaesquer sentenças, que por outros Juizes ainda privativos forem proferidas, por incompetentes para este conhecimento.

E este se cumprirá tão inteiramente como nelle se contém, sem duvida, ou embargo algum, não obstante quaesquer Leis, Alvarás, Decretos, Posturas, ou Ordens em contrario; que todas hei por derogadas para este effeito sómente, como se dellas fizesse expressa menção, não obstante a Ordenação em contrario.

Pelo que mando, etc.

Dado no Palacio de Samora Correia aos 27 de Novembro de 1804 (1).— *Com a assignatura do Principe Regente e do Ministro.*

ALVARÁ DE 4 DE MARÇO DE 1819.

Regula o uso das aguas em canaes, e levadas, extensivamente no Brazil (2).

Eu El-Rey faço saber aos que este Alvará com força de Lei virem: Que sendome presentes em informação do Governador e Capitão General da Provincia da Bahia, e Consulta da Meza do meu Desembargo do Paço os justificados motivos, com que os Proprietarios d'Engenhos de fabricar assucar da mesma Provincia me supplicárão houvesse por bem fazer transcendentes a este Meu Reino do Brazil as disposições dos paragraphos undecimo, duodecimo, e seguintes do Alvará de vinte e sete de Novembro de mil oitocentos e quatro sobre o Regulamento para o uso das agoas em Canães, ou Levadas, e construcção destas, que era por extremo necessario promover e facilitar no mesmo Reino em beneficio da Agricultura, e da Causa Publica; por quanto sendo o seu melhoramento, e prosperidade os objectos que havião constituido a providente Legislação do sobredito Alvará; se devia ella por isso considerar geral, e comprehensiva de todas as Provincias dos meus Reinos, e Dominios Ultramarinos.

E querendo eu fixar huma invariavel Jurisprudencia nesta importante materia: conformando-me com o parecer da mencionada Consulta, em que foi ouvido o Desembargador Procurador da minha Corôa e Fazenda: Sou servido determinar em declaração do referido Alvará de vinte e sete de Novembro de mil oitocentos e quatro, que se observem inteiramente neste Reino do Brazil, e Dominios Ultramarinos as disposições dos supracitados paragraphos undecimo, duodecimo, e seguintes do dito Alvará sem duvida, ou interpretação alguma, no que fôr applicavel, assim e do mesmo modo que se observão em todas as Provincias dos Reinos de Portugal, e dos Algarves.

Pelo que mando, etc.

Dado no Rio de Janeiro aos 4 de Março de 1819.— *Com a assignatura de Sua Magestade.*

PROVISÃO DE 29 DE NOVEMBRO DE 1779.

Concede privilegio á Irmandade de S. Benedicto do convento de S. Francisco da cidade de Lisbôa para resgatar do captiveiro á seus irmãos (1).

D. Maria por graça de Deos, etc.

Faço saber, que a Irmandade de S. Benedicto, e Nossa Senhora de Agoa de Lupe, erecta no Convento de S. Francisco desta Corte, me representou por sua petição:

Que sendo a mesma Irmandade da minha immediata protecção, por graça especial forão sempre os Reys meus predecessores Juizes perpetuos della, e se achava por descuido, e miseravel indigencia dos pobres irmãos, sem aquelles privilegios, que as outras de Nossa Senhora do Rosario existentes nos Conventos do Salvador, da Santissima Trindade, de Santa Joanna, e de Nossa Senhora da Graça desta Cidade, obtiverão de mim, não só para exercitarem as meritorias obras de libertarem seus irmãos, que vivião nos Captiveiros, pagando a seus Se-

(1) Veja-se a Lei agraria de 11 de Abril de 1815
(2) Vide Ord. deste liv. t.11 pr., e nota (4) á pag.789

(1) Vide Ord. deste liv. t.11 § 4, e nota (1) á pag.790.

nhores a justa estimação delles, mas para todas as mais, de que os mesmos privilegios se compunhão; e porque se fazia digna da minha Real commiseração a Irmandade dos supplicantes, para o effeito de lhe conceder os mesmos privilegios, graças, e mercês de que gosavão todas as outras, por ser o mesmo Santo tão favorecido da minha Real attenção, que por effeito da minha Real clemencia lhe mandava conferir o ornato da sua Imagem, me pedião lhes fizesse mercê, conceder à Irmandade dos supplicantes todos os privilegios, graças e mercês, que se achavão concedidas ás quatro Irmandades de Nossa Senhora do Rosario, para os supplicantes gosarem dos mesmos beneficios:

E visto o que allegárão, informação que se houve pelo Corregedor do Civel da cidade, José Paulo de Sousa, fazendo juntar certidão dos sobreditos privilegios, e resposta do Procurador da minha Real Corôa, a que se deo vista, e não teve duvida:

E tendo a tudo consideração, e ao mais, que me foi presente em consulta do meu Desembargo do Paço:

Hei por bem fazer mercê aos supplicantes, que possão comprar aquelles escravos, que forem irmãos, e seus Senhores os quizerem vender para fora do Reino, pagando-os a Confraria pelo seu justo valor, e não em sua estimação, verificando-se esta graça somente nos dois casos, ou em que os ditos Senhores dos escravos os tratem com excessos de castigos corporaes, que se fação offensivos das regras da humanidade, ou quando por odio, e vingança os queira mandar vender para fora do Reino, combinado desta forma o favor dá liberdade dos mesmos escravos com a do dominio dos Senhores delles.

E esta Provisão se cumprirá como nella se contém, e valerá posto que seu effeito haja de durar mais de hum anno, sem embargo da Ord. liv. 2 tit. 40 em contrario.

De que pagou de novos Direitos cinco mil e quatrocentos réis, que se carregárão ao Thesoureiro delles a fol. 19 do livro 6º da sua receita, e se registrou o conhecimento em forma no Livro 55 do Registro Geral a fol. 115 v.

A Rainha Nossa Senhora o mandou por seu especial mandado pelos Ministros abaixo assignados do seu Conselho, e seus Desembargadores do Paço. Thomé Lourenço de Carvalho a fez em Lisboa a 29 de Novembro de 1779. De feito desta oitocentos réis.—*Balthazar Antonio Sinel de Cordes*, a fez escrever.—*Antonio Cardoso Seara.*—*Manoel Gomes Ferreira.*

ALVARÁ DE 3 DE NOVEMBRO DE 1757.

Regula os arrendamentos por dez, e mais annos (1).

Eu El-Rey faço saber aos que este Alvará de Lei virem, que sendo-me presentes as repetidas fraudes, com que na cidade de Lisboa, e em outros lugares deste Reino, se costumão fazer arrendamentos de dez, e de mais annos, para com o pretexto de que por elles se transfere dominio nos locatarios, effeituarem estes o dólo, e a emulação, com que procurão o referido titulo de locação, por longo tempo, com o malicioso, e determinado fim de incommodarem os antecedentes Locatarios, expulsando-os das casas, e dos prédios arrendados por menos tempo, que o de dez annos.

Attendendo ao bem, e socego publico dos meus Vassallos, e por obviar os prejuizos, que se seguem aos que assim são incommodados, não só pela falta das habitações, donde são expulsos, mas tambem pelos injustos, e multiplicados pleitos, com que dolosamente são vexados: Estabeleço, que todos os contractos, que não forem de afforamento em *Fatiota*, ou em *Vidas*, com inteira transacção do util dominio, ou para sempre, ou pelo menos, pelas referidas trez vidas; se julguem de simples locação ordinaria; sem que seja visto transferir-se por elles dominio algum a favor dos Locatarios para lhes dar direito de excluirem os outros inquilinos, ou Rendeiros anteriores, senão nos outros casos, em que por Direito he permittido aos Locadores despedirem os seus respectivos Locatarios.

E porque fui informado de que estas vexações se tem multiplicado com grande impiedade depois do Terremoto do 1º de Novembro do anno de mil setecentos cincoenta e cinco. Declaro por nullos, e de nenhum effeito todos os arrendamentos, que se acharem feitos na sobredita fórma, não obstante que se fizessem de preterito, e que se achem ajuizados, e com causas pendentes, ou Sentenças proferidas, nas quaes se porá perpetuo silencio.

Porém aquelles inquilinos, ou rendeiros, que já se acharem na effectiva habitação, e posse das casas, ou prédios arrendados, antes da publicação deste Alvará, não serão por elle excluidos; com tanto que fiquem sem privilegio algum para allegarem o tal arrendamento de longo tempo; antes ficarão reputados por simples inquilinos para todos os outros casos, em que haverião de ser expulsos, se taes arrendamentos de dez, ou de mais annos, não houvesse; ficando neste caso havidos por nullos, na sobredita fórma.

Pelo que mando, etc.

Dado em Belém, aos 3 de Novembro de 1757.—*Com a assignatura de El-Rey e a do Ministro.*

---

(1) Vide Ord. deste liv. t.37 pr., e nota(4) á pag.814 e 815.

ALVARÁ DE 4 DE JULHO DE 1776.

Declara a fórma de julgar os contractos de emprasamentos de terrenos para edificação, e de casas edificadas (1).

Dom José por graça de Deos, etc.

Faço saber aos que esta Carta de Lei virem : Que eu fui informado de que hum grande numero de emphyteutas, que tendo afforado casas, quintas, ou terras, humas vezes pelo valor dos interesses respectivos aos preços das vendas ; outras por preços, ou quasi equivalentes, ou iguaes as rendas das sobreditas propriedades, quando se virão obrigados ao pagamento das pensões emphyteutas, tendo agitado o foro para se eximirem : Recorrendo ao meio de proporem embargos de lesão enormissima : Pedindo nelles a reducção das mesmas pensões ao arbitrio de bom varão, chegando a alcançar sentenças de reducção ; fundadas nas doutrinas de differentes Doutores Praxistas que para as pretextarem impropriárão textos excogitados no Direito Civil.

Transgredindo-se nellas notoriamente as Ordenações no livro quarto, titulo treze, paragrapho sexto, que deixa ao arbitrio da quelle, que fez o contracto, com lesão enorme, ou receber a cousa, desfeito o contracto, ou reduzil-a ao seu justo preço, refazendo-o a mesma Ordenação no paragrapho dez, que determina no caso da lesão enormissima, que a causa seja precisamente restituida ao seu antecedente dono ; e a do livro primeiro, titulo sessenta e dous, paragrapho quarenta e cinco, que estabeleceo, que os bens, das Capellas, hospitaes, albergarias, e Confrarias se afforem pelo maior lanço que houver na praça, debaixo da pena de nullidade dos afforamentos feitos em outra fórmá, confundindo-se para assim se pertender, e julgar a natureza do contracto emphyteutico, que essencialmente consiste em afforar os terrenos para edificar casas, ou terras incultas para abrir, com a outra diversa natureza de contracto de locação por longo tempo de annos, ou de vidas, que consiste em afforar casas, quintas, e terras fructiferas pela mesma renda que costumão andar, sem a necessidade de nellas se fazer bemfeitoria alguma para produzirem as sobreditas rendas em que são afforadas.

E inferindo-se assim a todos os senhores directos dos Prasos, e até aos de bens de Morgado, com authoridade minha, o intoleravel prejuizo de verem reduzidos os seus fóros ás pequenas porções da quinta, ou sexta parte a beneficio dos emphyteutas dolosos, que em contradicção com os seus proprios factos pretenderão os emprasamentos com a sinistra intenção de negarem depois as pensões nelles estabelecidas, e de pedirem as reducções dellas a menos do que estipulárão, para com esta maquinação se appropriarem dos bens alheios contra a vontade de seus donos, com o pequeno gravame das insignificantes porções, a que fazem reduzir as rendas delles. E obviando a todas as sobreditas transgressões, dolos, e prejuizos, que dellas, e delles tem resultado de preterito, e resultarião no futuro com huma geral perturbação, se a ella não se occorresse por modo efficaz: Sou servido ordenar o seguinte.

Para cessar de huma vez a dita confusão; declaro, e estabeleço :

Que todos aquelles contractos, nos quaes se emprazarão, ou emprazarem terrenos para edificarem casas, ou terras, e mattos incultos para abrir, e melhorar com os fins da lavoura, e de plantio de vinhas, e arvoredos, forão, e são verdadeiros contratos Emphyteuticos, os quaes se devem julgar pelas regras dos Prasos :

Que todos os outros contractos, nos quaes se afforarão, ou afforarem casas já feitas, quintas habitaveis, e terras fructiferas pela mesma renda, em que costumavão andar, contiverão, e contém pela sua natureza, contractos de locação por longo tempo de annos, e de vidas, ou colonias perpetuas, para serem julgados pelas outras differentes regras, por que se costumão decidir as convenções entre os rendeiros ou Colonos, e os seus respectivos senhorios, sem outra differença que não seja a de serem obrigados os Colonos desta nova especie aos direitos dominicaes estipulados nos seus respectivos contractos.

Estabeleço, e mando, que o sobredito se observe, e execute : restituindo-se os contractos á sua origem, não só quanto ao futuro, mas tambem quanto ao preterito : havendo, como hei, por nullas, e de nenhum effeito todas, e quaesquer sentenças até agora dadas a favor dos referidos Colonos chamados emphyteutas : como proferidas contra Direito expresso, e contra o espirito das Leis patrias, e das em que tenho desterrado o pernicioso abuso de invalidarem as determinações das Leis do Reino com argumentos excogitados nas vastas compilações das Leis Romanas, que tanto implicarão o Fôro em grave prejuizo do socego publico, e do direito da propriedade dos meus fieis vassallos.

Pelo que, mando, etc.

Dado no Palacio de Nossa Senhora da Ajuda em 4 de Julho de 1776.—*Com assignatura de El-Rey com guarda, e a do Ministro.*

---

(1) Vide Ord. deste liv. t. 37 pr., e nota (4) á pag. 814 e 815, assim como a Ord. do liv. 3 t. 47 pr. e nota (6).

ALVARÁ DE 10 DE ABRIL DE 1821.

Determina que sejão valiosos os afforamentos dos terrenos desmembrados das primordiaes sesmarias pelos Officiaes da Camara, annullando e cassando o Accordão do Juiso dos Feitos de 1812 (1).

Eu El-Rey faço saber aos que o presente Alvará com força de Lei virem:

Que em consulta da Meza do Desembargo do Paço, a que mandei proceder sobre os requerimentos, que dirigirão a minha Real presença os Officiaes da Camara, e alguns moradores desta Corte, me foi presente que era justificada, e fundada em razão e justiça a queixa, que huns e outros fazião do Accordão de 20 de Junho de 1812, proferido no Juizo dos Feitos da minha Corôa e Fazenda, pelo qual se julgarão nullos todos os aforamentos, que a Camara fizera dos terrenos comprehendidos nas primitivas Sesmarias, concedidas pelo Capitão-mór Governador Estacio de Sá, em 1530, ampliadas, e augmentadas com mais 6 leguas em quadra na era de 1567 pelo Governador Geral Mem de Sá, e todos os mais, que os Emphyteutas, e arrendatarios da Camara fizerão depois pelo unico fundamento, do que sendo dado para pastos, rocios, cultura, e logradouros desta cidade em proveito commum dos seus povoadores, e habitadores sem fôro, pensão, ou outro tributo, salvo o dizimo á Deos, a Camara, emphyteutas, e sub-emphyteutas obrarão contra Direito, emprazando, e arrendando os sobreditos terrenos com pensões, que arbitrarão, o que involvendo nullidade insanavel nos primordiaes contractos celebrados contra as expressas condições das mencionadas Sesmarias, não só os tornava nullos na raiz, mas todos os que se fizerão depois, como dimanados de origem reprovada por Direito, ordenando-se por estes fundamentos que a Camara perdesse os fóros, e que os actuaes possuidores ficassem retendo os terrenos como seus, conseguindo dos Officiaes da Camara titulos respectivos livres de pensão alguma.

Propondo-se-me na referida Consulta, que se devia mandar cassar, e annullar aquelle sobredito accordão, como proferido contra a razão e Direito, e com manifesto prejuizo da Camara, e dos mais Emphyteutas e arrendatarios.

Por quanto se devião entender valiosos os aforamentos primitivos, ou por que a clausula de ser livre de pensão, ou fôro, o terreno das Sesmarias era relativa só aos Officiaes da Camara, que representavão os môradores da cidade para que o houvessem sem pagar cousa alguma, como parecia colher-se da letra das mesmas Sesmarias, e nunca se podia entender das alheações, que a Camara houvesse de fazer desses terrenos em virtude da administração, que lhe confere a Lei do Reino, e que he permittido a qualquer Sesmeiro; ou por que se deva presumir, que ella teve faculdade expressa para isto, posterior ás Sesmarias, segundo se colhia do silencio dos povos, que nunca requererão; e das authoridades, que nunca vedárão, nem estorvarão taes aforamentos, e de muitas confirmações destes, e outras Resoluções dos senhores Reys meus augustos predecessores, expedidas pelo Conselho Ultramarino, e principalmente das Provisões de 12 de Julho, e de 26 Janeiro de 1728; em que se diz, que os Officiaes da Camara allegarão, que por mercê, que lhes fôra concedida, tinhão faculdade para aforar as terras desta cidade, e huma legua ao redor, e que as Cartas ou Provisões, que a outorgarão, se queimarão no incendio, que soffreo o Archivo da Camara no anno de 1790, além da presumpção de Direito ácerca das cousas antigas, que se suppõe feitas com legalidade; ou porque estava prescripto o direito de requerer contra os referidos aforamentos pela posse de mais de dous seculos, em que estava a Camara de os fazer com justo titulo, que he, o que dá em geral a Lei do Reino a estas Corporações sobre a administração dos bens do Concelho, e com boa fé, pois que não podia jamais considerar-se má em huma corporação publica, que possue e administra em nome, e em proveito do publico; ou porque se devem reputar taes Contractos bem e regularmente feitos, e legalisados em virtude dos Alvarás de 10 de Fevereiro de 1654, de 15 de Julho de 1744, declarados pelos de 26 de Outubro de 1745, e 23 de Julho de 1745, e 28 de Julho de 1766, e de 27 de Novembro de 1804, principalmente pelo de 1745, em que expressamente se ordenou que ficassem vigorando taes contractos feitos pelas Camaras, ainda sem os requisitos da Lei, e subsistindo as pensões, e fóros ajustados; accrescentando-se na mencionada Consulta, que ainda quando não houvessem todos estes motivos tão ponderosos, se devião sustentar estes fôros por pouco gravosos aos possuidores, e por muito uteis á Causa Publica; pois que se applicavão estes rendimentos, que fazem parte das rendas do Concelho, ás obras publicas delle; e pelo que tocava ao julgado no accordão do Juizo da Corôa a respeito dos Emphyteutas e sub-emphyteutas da Camara, era sobre maneira injusto, que sendo licito aos Sesmeiros depois de empossados alhear por qualquer maneira os terrenos, não podesse a Camara emphyteuticar, e os Emphyteutas subemprasar, e celebrar quaesquer outros contractos licitos por Direito, e que viessem os possuidores sem titulo valioso a ser senhores de ambos os dominios directo e util sem consolidação juridica, e os perdessem sem facto seu, e sem os alienarem os senhores dos terrenos, que os hou-

---

(1) Vide Ord. deste liv. t. 38 princ. e nota (4) á pag. 816.

verão por herança, dotes, partilhas, compras e outros titulos onerosos, para irem haver os preços daquelles, de quem os tinhão, com renhidos e porfiosos pleitos, de que se originarião prejuizos, dissenções, e disturbios prejudiciaes ao socego e tranquillidade publica; convindo por tão justificados motivos, que eu provesse este negocio de prompto e efficaz remedio, mandando annullar o referido accordão do Juizo dos Feitos da Corôa; dando providencias legislativas que terminassem esta contenda, e dessem socego e tranquillidade ao povo.

E tomando em consideração este importante negocio, e todo o referido na sobredita Consulta, e o quanto convem ao interesse publico a certesa e estabilidade dos dominios e do direito da propriedade, base de toda a Legislação Civil, e de que nascem immediatamente o augmento e progressos da agricultura e povoação: Querendo desde já evitar as perturbações, excessos, e demasias, que tem praticado alguns dos foreiros e arrendatarios allucinados com a arbitraria Jurisprudencia estabelecida no Accordão, que fez o objecto das justas representações, que subirão á minha Real presença, e que continuarião outros a praticar, se por mais tempo não houvesse prompta a ultima decisão deste importante negocio, proseguindo-se nos Embargos, e outros recursos Ordinarios: usando a estes fins do dominio eminente, que me compete como Soberano para regular o dos meus fieis Vassallos, firmando-o, e segurando-o em bases firmes e estaveis; e unindo o seu particular interesse com o do bem publico:

Estabelecendo ao mesmo tempo regras fixas da Legislação da Emphyteuse para augmento da agricultura, e povoação, unido com a estabilidade e segurança do direito de propriedade tão recommendavel na Sociedade Civil:

Conformando-me com o parecer da dita Consulta, em que foi ouvido o Procurador de minha Corôa e Fazenda.

Sou servido determinar o seguinte:

1. O Accordão proferido no Juizo dos Feitos da minha Corôa e Fazenda em 20 de Junho de 1812 nos autos, entre partes, os moradores e officiaes da Camara desta Corte, se deve entender nullo, cassado, e de nenhum effeito, como se nunca fosse proferido, pondo-se perpetuo silencio na causa, e guardando-se a este fim os autos na Secretaria da Meza do Desembargo do Paço, para nunca mais se fazer uso algum delles.

2. Todos os aforamentos dos terrenos desmembrados das mencionadas Sesmarias, feitos pelos officiaes da Camara antes e depois dos Alvarás de 26 de Outubro de 1745 e de 23 de Julho de 1766 até ao presente, se entenderão legitimos, validos, e procedentes com os fóros, que se achão estipulados, e com o laudemio da quarentena, na forma da Lei do Reino, ainda quando não estejão feitos com as solemnidades, que em Direito se requerem, reduzindo-se todos os aforamentos perpetuos, posto que se achem de facto celebrados em vidas.

3. Igualmente ficarão sendo valiosas, legitimas e procedentes todas as sub-emphyteuticações, locações e arrendamentos que os respectivos emphyteutas e sub-emphyteutas tiverem feito e celebrado com quaesquer outras pessoas, das ditas porções desmembradas dos mencionados aforamentos ou prazos, para nellas se edificarem casas, e para formarem quintas ou chacaras, ou fazerem qualquer genero de cultura ficando, porém, todos estes contractos, qualquer que seja o seu nome ou natureza, reduzidos a afforamentos perpetuos com os mesmos foros ou pensões estipuladas na pessoa de cada hum dos actuaes possuidores e seus futuros successores, afim de estabelecer-se solida e regular jurisprudencia nesta materia, e evitar os abusos e despotismos que se tem praticado, despejando-se os locatarios que se devião reputar perpetuos, por meio de lesivos pagamentos de bemfeitorias.

4. Não querendo os actuaes emphyteutas ou arrendatarios conservar-se na posse dos referidos terrenos por estes titulos de afforamentos perpetuos, com o motivo de lhes parecerem excessivos os fôros estipulados, ou por qualquer outro, podê-los-hão largar e demittir aos Officiaes da Camara, ou aos outros proprietarios de quem os houverão, para estes livremente os afforarem a quem quizerem, e com os foros que ajustarem, sem que os actuaes possuidores se reputem ter direito para intentarem em Juizo qualquer acção, afim de se reduzirem a menos os ditos foros, evitando-se assim novos litigios e perturbações a este respeito; poderão, porém, os proprietarios diminui-los, se de sua livre vontade o quizerem fazer a bem de algum foreiro.

5. Os terrenos que ainda estiverem por aforar e em poder dos Officiaes da Camara, serão daqui em diante afforados com as clausulas acima prescriptas, e na conformidade do Alvará de 23 de Julho de 1766, e debaixo das penas do § 2 delle, que sou servido ordenar se pratique por todas as Camaras do Reino Unido de Portugal, e do Brazil e Algarves, e os que já estiverem em poder de qualquer outro emphyteuta, poderáõ ser emprazados em foro perpetuo e fateosim, na fórma acima ordenada.

Pelo que mando, etc.

Dado no Rio de Janeiro, aos 10 de Abril de 1821.—Rey com guarda.—*Conde de Palma*, Presidente.

DECRETO DE 26 DE JULHO DE 1813.

Ordena a demarcação dos afforamentos, incluidos na fasenda de S. Cruz, e sua reducção á perpetuos; designando terreno para uma povoação em Sepetiba(1)

Hei por bem, que os Afforamentos actuaes, que se achão incluidos na demarcação da Fazenda de Santa Cruz, e que presentemente pertencem á Minha Real Fazenda, sejão demarcados, e reduzidos a Afforamentos perpetuos na forma da Ordenação do Reino, pagando os foros actualmente estipulados, ou os que eu houver por bem, e os Laudemios da quarentena nas vendas, e semelhantes alienações; com declaração que nas demarcações se não deverão comprehender (onde não houver já limites certos) terrenos que ainda estejão em matos virgens, quando os Prazos excederem a quatrocentas braças em quadro, ou o seu equivalente terreno; impondo-se em todos a condição de que não poderão derribar os matos virgens nos altos das Serras, e no cume dos Morros, e as mais que forem conformes a Direito.

Hei outrosim por bem, que no sitio da Sepitiba se demarque o terreno conveniente para se fundar huma Povoação para commodidade dos pescadores, e pessoas, que alli habitão; designando-se o terreno que fôr mais a proposito, e proporcionado á mesma Povoação, o qual se repartirá livre, sem mais fôro do que hum modico reconhecimento por cada morador, que agora, ou para o futuro alli edificar, para o Senhorio do terreno, ou elle seja sómente na Fazenda de Santa Cruz, ou comprehenda em alguma parte alguma outra das Fazendas confinantes; pois todas tem o onus de dar terreno livre para as Povoações, que eu mandar fazer.

E para proceder ás referidas demarcações, como Juiz dellas, nomeio ao Desembargador João Ignacio da Cunha, o qual procederá na conformidade da Lei, á vista dos Titulos,que se lhe apresentarem, dando os recursos competentes, para a Caza da Supplicação: E nas divisões, e assignação dos terrenos na Sepitiba seguirá a norma estabelecida na Camara desta Cidade, no que fôr applicavel tanto para o numero das braças, que devem assignar-se para cada edificio, como para o arruamento delles, assignando sómente o terreno áquelles que houverem de edificar; de cuja diligencia ficará dando conta pela Meza do Desembargo do Paço, e recebendo della as providencias, que preciso forem.

A Meza do Dezembargo do Paço o tenha assim entendido, e expeça as Ordens necessarias para sua execução. Palacio do Rio de Janeiro em 26 de Julho de 1813. —*Com a Rubrica do Principe Regente.*

---

(1) Vide Ord. deste liv. t. 38 pr. e nota (4) á pag. 817.

DECRETO DE 22 DE JULHO DE 1808.

Authorisando a Mesa do Desembargo do Paço para confirmar sesmarias, e concedê-las na Côrte, assim como os Governadores nas Capitanias (1).

Sendo-me presente, que se não tem continuado a conceder Sesmarias nesta Corte, e Provincia do Rio de Janeiro, que até agora erão dadas pelos Vice-Reys do Estado do Brazil; e que muitas outras já concedidas pelos Governadores, e Capitães Generaes de diversas Capitanias estão por confirmar por causa da interrupção de communicação com o Tribunal do Conselho Ultramarino, a quem competia fazel-o.

E desejando estabelecer regras fixas desta importante materia,de que muito depende o augmento da Agricultura, e povoação, e segurança do direito de propriedade: Hei por bem ordenar, que daqui em diante continuem a dar as Sesmarias nas Capitanias deste Estado do Brazil os Governadores, e Capitães-Generaes dellas; devendo os Sesmeiros pedir a competente confirmação á mesa do Desembargo do Paço, precedão as informações, e diligencias determinadas nas minhas Reaes Ordens : ficando as cartas de concessão, e de confirmação dellas dependentes da minha Real assignatura. A Meza do Desembargo o tenha assim entendido, e faça executar.

Palacio do Rio de Janeiro em 22 de Junho de 1808.—*Com a Rubrica do Principe Regente.*

DECRETO DE 25 DE NOVEMBRO DE 1808.

Permittindo conceder-se aos estrangeiros sesmarias no Brazil (2).

Sendo conveniente ao meu Real serviço, e ao bem publico augmentar a Lavoura,e população, que se acha muito diminuta neste Estado; e por outros motivos, que me forão presentes : Hei por bem, que aos estrangeiros residentes no Brazil, se possão conceder datas de terras por Sesmarias pela mesma forma, com que segundo as minhas Reaes ordens se concedem aos meus Vassallos, sem embargo de quaesquer Leis, ou disposições em contrario.

A Meza do Desembargo do Paço o tenha assim entendido e o faça executar.

Palacio do Rio do Janeiro em 25 de Novembro de de 1808.—*Com a Rubrica do Principe Regente.*

---

(1) Vide Ord. deste liv. t. 43 rub. e nota(3) á pag. 822.

(2) Vide Ord. deste liv. t. 43 rub. e nota (3) á pag.822.

ALVARÁ DE 25 DE JANEIRO DE 1809.

Sobre a confirmação de Sesmarias, forma da nomeação dos Juizes, e seus salarios (1).

Eu o Principe Regente faço saber aos que o presente Alvará com força de Lei virem, que sendo-me presente em Consulta da Meza do Desembargo do Paço, que muito importava á prosperidade deste Estado remediar o abuso de se confirmarem as Sesmarias sem preceder a necessaria medição, e demarcação Judicial das terras concedidas, contra a expressa decisão do Decreto de 20 de Outubro de 1753, e de muitas ordens minhas, que o prohibião, e que da transgressão dellas provinha á indecencia de se doarem terras, que já tinhão Sesmeiros, e a injustiça de se dar assim occasião a pleitos, e litigios, e a perturbação dos direitos adquiridos pelas anteriores concessões: Propondo-se-me quanto cumpria, não só que se determinasse, que não se passassem pela Meza cartas de concessão de Sesmarias, nem de confirmação das concedidas pelos Governadores, e Capitães-Generaes, sem se apresentarem medições, e demarcações Judiciaes legalmente feitas; mas tambem, que para ellas se não retardarem, se nomeassem Juizes, e officiaes competentes, e se lhes taxasse conveniente salario.

E merecendo a minha Real consideração objecto de tanta importancia, para que se ajunte, quanto ser possa, o interesse do bem publico no augmento da Agricultura, e povoação deste vastissimo Estado, que muito desejo promover, e adiantar, com a segurança, e manutenção dos sagrados direitos da propriedade, de cuja offensa resultaria o desaproveitamento das terras, e a despovoação. E não devendo por falta de providencias, que facilitem as medições, inutilizar-se e frustra-se a sabia Legislação das Sesmarias: Conformando-me com o parecer da mencionada consulta, e para augmento, e utilidade da causa publica: Sou servido determinar o seguinte:

1. A Meza do Desembargo do Paço não mandará passar cartas de concessão de Sesmarias, nem de confirmação das que concedem os Governadores, e Capitães-Generaes sem que apresentem os que as requerem medição, demarcação Judicial feita, e ultimada legalmente com citação dos heréos confrontantes, e sobre que haja sentença final, e que tenha passado em julgado.

2. E porque, imposta esta obrigação, he justo que se facilitem os meios de se poderem fazer as demarcações com a promptidão, e exactidão, que convem, e sem excesso de salarios: Haverá em todas as Villas hum Juiz das Sesmarias, que servirá por trez annos: As Camaras proporão trez pessoas nesta Capitania á Meza do Desembargo do Paço, e nas mais ao Governador e Capitão General, para se escolher dellas a que mais apta parecer, devendo ser propostos com preferencia Bachareis formados em Direito, ou Philosophia, e na falta delles pessoas, que forem de maior probidade, e saber.

3. Os Juizes das Sesmarias darão appellação, e aggravo para os Ouvidores das Comarcas, dos quaes se recorrerá para as Relações do districto na forma da Lei do Reino. E quando as partes quizerem antes requerer as demarcações aos Juizes Ordinarios, ou de Fóra, ou aos Ouvidores das Comarcas, estes lhes deferirão, indo fazer-lhas; pois que não fica sendo privativa a Jurisdicção do Juiz das Sesmarias; serão porem elles obrigados a guardar o que vai disposto neste Regimento.

4. Em cada Villa haverá tambem hum Piloto para as medições, e demarcações eleito pela Camara, o qual servirá trez annos, tirando o competente provimento. E servirá de Escrivão o Tabellião mais antigo, ou o que mais desoccupado estiver, e ao Juiz parecer mais habil para semelhantes diligencias.

5. As demarcações serão feitas seguidamente, começando humas nas quadras das outras, sem se deixarem terrenos intermedios, e devolutos; Salvas sómente as estradas, e serventias geraes, e as fontes publicas, inteirando-se sempre a quantidade de terras concedida, ainda que, pela configuração, e situação topographica do terreno não possa haver quadra perfeita e regular.

6. Para cada meia legua se contarão mil e quinhentas braças, e no auto da medição se especificarão além dos marcos, as balizas perduraveis, que se encontrarem no terreno como vertentes, rios, morros, e semelhantes; e se fará tambem declaração, se ha campinas, serras, e mattas virgens, e de todas as qualidades notaveis, que ao Juiz parecer que podem concorrer para bem assignalar a Sesmaria, que se vai medindo e demarcando.

7. Finda a medição, e demarcação, fará o Piloto huma planta do terreno, onde se desenhará a sua configuração, lugar dos marcos, as balisas que tem notaveis, os rios, ribeirões, pantanos, e o mais, que se poder figurar; a qual será guardada na Secretaria da Meza do Dezembargo do Paço, para todo o tempo por meio della se poderem decidir algumas duvidas, que occorrerem.

8. Por cada huma demarcação de meia legua quadrada, ou de huma legua, sendo em campos, levarão de salario, ou gastem muitos, ou poucos dias, o Juiz vinte mil reis o Piloto doze mil reis, e o Ajudante da Corda seis mil reis; além deste salario perceberão pelo do caminho na ida, e volta por cada seis legoas, dois mil reis o Juiz, mil e duzen-

(1) Vide Ord. deste liv. t. 43 rub. e nota (3) á pag. 822.

tos reis o Piloto, e seiscentos reis o Ajudante da Corda. O Escrivão vencerá sómente os salarios, que lhe forem contados, segundo o Regimento geral do seu Officio. O Piloto perceberá mais seis mil e quatro centos reis pelo trabalho de tirar a planta; os quaes pertencerão á quem a fiser, no caso de a haver o Juiz encarregado a outrem pela inhabilidade, ou qualquer outro impedimento do Piloto.

9. E convindo, que o Juiz das Sesmarias, e mais Officiaes não faltem aos deveres do seu cargo, nas devassas de correição se perguntará por elles, averiguando-se se cumprem as suas obrigações, e se levão salarios de mais, dando-se-lhe em culpa o que contra elles se provar.

E os Ouvidores das Comarcas os constrangerão a que com toda a promptidão vão fazer as medições, que lhes forem requeridas, se lhes constar por notoriedade, ou por queixa das partes, que recusão ir fazel-as.

E este se cumprirá como nelle se contem. Pelo que mando, etc.

Dado no Palacio do Rio de Janeiro aos 25 de Janeiro de 1809.— PRINCIPE, *com guarda—Marquez de Angeja*, Presidente.

LEI DE 6 DE OUTUBRO DE 1784.

Regula a solemnidade dos Esponsaes, e providencia acerca das querellas de estupro (1).

D. Maria, por graça de Deos, etc.

Faço saber aos que esta carta de Lei virem: Que sendo-me presentes os muitos, e gravissimos abusos, que se praticão na celebração do contracto esponsalicio, por não haver Leis, que regulem a forma delle, e servir tão sómente de norma a livre vontade dos contrahentes, os quaes muitas vezes se obrigão a casar por promessa, pactos, e convenções clandestinas, feitas, sem conselho e consentimento dos pais, e na falta destes dos respectivos Tutores, ou Curadores por méro impulso de suas proprias, e desordenadas paixões, ou por solicitações de pessoas interessadas em semelhantes acções; vendo-se por isso nascer a obrigação esponsalicia no seio do vicio, da precipitação, e do engano, e ser o fecundo principio de innumeraveis desordens, dissensões, e escandalos, que perturbão a paz interior das familias, arruinão as casas, pervertem os costumes, e impedem o feliz exito dos matrimonios, com grave, e consideravel prejuizo do bem publico, e particular dos meus Reinos, e senhorios:

E por que para occorrer a estes, e a outros tristes abusos, que resultavão da clandestinidade dos matrimonios, ordenou a Igreja no Concilio de Trento, que elles se contrahissem publicamente com certa fórma e solemnidade, ficando aliás sem vigor, irritos, nullos, e de nenhum effeito; e estas saudaveis, e providentes disposições, posto que auxiliadas neste Reino com as penas da competencia secular, pelo Alvará de treze de Novembro de mil seis centos cincoenta e hum, á instancias das Cortes, celebradas na cidade de Lisboa no anno de mil seiscentos quarenta e hum, se tem frustrado, illudido em grande parte, por se não haverem nellas expressamente comprehendido os esponsaes clandestinos, os quaes reputando-se validos, e capazes de produzir acção em Juizo, fizerão continuar os referidos pessimos abusos, vindo os matrimonios celebrados por effeito de taes esponsaes a ser clandestinos na sua propria origem, com manifesta fraude das pias intenções, e santos fins da Igreja na sobreditas disposições (1).

Querendo eu prover de remedio efficaz, e presentaneo a tantos, e tão publicos males: e que os meus Vassallos se disponhão para os matrimonios com o acerto, religião, e decencia que pede esta santa e importante alliança; depois de mandar examinar a presente e delicada materia por huma junta de Prelados, e de Ministros do meu, Conselho, muito zelosos do serviço de Deos, e meu, com o parecer de todos elles, Sou servida a este respeito ordenar o seguinte:

1.º—Ordeno, que da publicação desta em diante nenhuma pessoa de qualquer qualidade, ou condição que seja, possa contrahir esponsaes sem ser por escriptura publica, lavrada por Tabellião, e assignada pelos contrahentes, e pelos pais de cada hum delles; e na falta dos pais pelos seus respectivos Tutores, ou Curadores, e por duas testemunha ao menos; e que não produzão effeito algum quaesquer promessas, pactos, ou convenções esponsalicias, que não forem contrahidas por esta fórma, sem que em razão dellas possão admittir-se em Juizo acções algumas, nem ainda querendo deixar-se a certesa das mesmas promessas, pactos ou convençoes no juramento daquelles, que as negarem; derogando a esse fim as Ordenações do livro terceiro, titulo vinte e cinco no principio, paragraphos setimo, e nono, titulo cincoenta e nove, paragraphos quinto, undecimo, decimo quinto, e vigesimo primo do livro quarto titulo dezenove (2).

2.º—Não havendo Tabellião nas terras, e estando distante mais de duas leguas do lugar da habitação dos contrahentes, poderão estes ajustar-se a casar por escripto particular na presença dos pais, Tutores, ou Curadores,

---

(1) Vide Ord. deste liv. t. 16 rub. e nota (2) á pag. 832.

(1) Vide Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 7, 35, 555, 581, e 609, *Diss.* pag. 369, *Notas á Mello* to. 1 pag. 109 e 272, to. 2, pag. 74, 293, 428, 453, e 520, *Seg. Lin.* to. 3 pag. 378, e *Obrig.* pag. 55, 203 e 296.

(2) Vide Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 560, *Notas á Mello* to. 2 pag. 168 e 560.

e quatro testemunhas, os quaes todos deverão assignal-o: Este escripto particular se não fòr cumprido no espaço de hum mez, para ter effeito depois delle passado, será reduzido a escriptura publica: e não o tendo sido não poderá produzir-se em Juizo nem ter validade alguma(1).

3.º—Far-se-ha na escriptura menção expressa dos pais dos contrahentes, do lugar onde nascêrão, e forão baptizados, da idade que tem, da Freguezia onde morão, e de que por sua espontanea, e livre vontade, e sem a menor coacção, fizerão e aceitarão suas mutuas, e reciprocas promessas. Se forem parentes, se dirá o genero, e qualidade de parentesco que ha entre elles, e o grão em que se achão declarando que se obrigão debaixo da condição de lhes ser concedida a dispensa legitima (2).

4.º—Os filhos familias, e os menores não poderão contrahir Esponsaes ate a idade de vinte e cinco annos, sem consentimento dos pais, Tutores, ou Curadores; prestando estes o seu consentimento, delle se fará expressa menção na escriptura. Se porem não quizerem consentir, sendo para isso requeridos, e instados pelos filhos, ou menores poderão estes recorrer á Meza do Desembargo do Paço, e aos Corregedores ou Provedores das Comarcas, para supprirem por sua publica authoridade o consentimento dos pais, Tutores, ou Curadores, na fórma que dispoz El-Rey meu e senhor, pai, de saudosa memoria, a respeito dos Matrimonios, na saudavel, e providente Lei de vinte e nove de Novembro de mil setecentos sessenta e cinco; e com esta authoridade, e licença no caso de lhes ser assim concedida, se poderá proceder á escriptura dos Esponsaes, incorporando-se nella a Provisão, ou sentença, que alcançarem os filhos, ou menores, e não podendo os pais, Tutores, ou Curadores embaraçar por modo algum a execução das ditas Provisões ou sentenças(3).

5.º—Para que as discussões que occorrerem, e das decisões, que se proferirem sobre a concessão, ou denegação das licenças que se pedirem para estes contractos se não revele ao publico, cousa alguma, que por qualquer modo possa prejudicao ao decóro, e reputação das familias, ou de cada hum dos individuos dellas, sou servida ordenar (4):

Primeiro: que assim as informações, que se pedirem a este respeito á quaesquer Juizes pelos Tribunaes respectivos, como os processos, que a este fim, se formarem, não possão sahir das mãos dos respectivos Juizes ou dos seus Escrivães, a que forão distribuidos os ditos processos, ou informações, em que se houverem de inquirir testemunhas, e que os escriptorios dos mesmos Escrivães vão as proprias partes, ou seus bastantes procuradores, a dizerem, ou responderem por escripto o que lhes convier, havendo a esse fim copias, que poderão tirar, do que contra elles tiverem dito os seus contendores.

Segundo: que assim nas sentenças que se proferirem sobre as referidas contestações, como nas Provisões, que sobre ellas se expedirem pela Meza do Desembargo do Paço, nos casos da sua competencia, simplesmente se conceda, ou denegue a licença pedida, com absoluta, e indistincta relação ás provas, e informações do processo, e sem que se individuem fundamentos alguns; sem embargo da Ordenação do livro terceiro, titulo sessenta e seis, paragrapho setimo, que nestes casos sómente hei por derogada.

Terceiro: que nos recursos, que se interpuzerem dos Corregedores do Civel da Corte, dos da Cidade, ou dos das Comarcas do Reino, se entreguem os processos pelos Juizes delles aos Presidentes das Relações respectivas, ou se remettão pelos correios em segredo de Justiça; e que sendo Escrivães delles os respectivos Guardas-móres, sejão sentenciados pelos Juizes, a que forem distribuidos pelos igualmente respectivos Presidentes na conformidade da dita Lei de vinte e nove de Novembro de mil setecentos setenta e cinco.

Quarto: que passados seis mezes, depois de decisão das referidas contestações, e de se haverem expedido ás partes as suas sentenças, ou provisões, sejão mandados queimar os processos, pelos Presidentes dos Tribunaes, ou pelos Magistrados, que houverem proferido as ultimas sentenças.

E *Quinto* finalmente, que todo, e qualquer Magistrado, ou Official, que fòr legitimamente convencido de haver faltado ao segredo de Justiça, que nestes casos lhe hei por muito recommendado seja irremissivelmente punido na conformidade da Ordenação do livro quinto, titulo nono.

6.º—Os filhos maiores de vinte e cinco annos, que quizerem contrahir Esponsaes, deverão indispensavelmente pedir o consentimento dos pais; e repugnando estes, depois de terem elles satisfeito, e cumprido com os importantes, e religiosos officios da obdiencia, e respeito, que se devem a estes chefes de familias, poderão proceder a celebração do contracto sem o seu consentimento: E com esta modificação, e as dos dous precedentes paragraphos, se entenderá a Lei de vinte e nove de Novembro de mil setecentos setenta e cinco (1).

(1) Vide Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 560, e *Notas á Mello*, pag. 560.

(2) Vide Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 565.

(3) Vide Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 78, e 563, *Diss.* pag. 401, *Seg. Lin.* to. 2, pag. 221, *Notas á Mello* to. 2, pag. 560, e *Obrig.* pag. 60.

(4) Vide Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. pag. 78, *Seg. Lin.* to. 2 pag. 221.

(1) Vide Almeida e Sousa—*Obrig.* pag. 18.

7.º—Não querendo algum dos contrahentes cumprir os Esponsaes celebrados na fórma acima determinada, e sendo necessario por isso recorrer-se ao Juizo, para ser nelle obrigado a encher a fé dada, se procederá nesta causa breve, e summariamente, como a naturesa della pede, e requer. Para que assim melhor se possa propôr a acção, que produzirem os Esponsaes, terá a mesma naturesa da assignação de dez dias, que resulta dos contractos celebrados por Escriptura publica; procedendo-se nella como dispõe a Ordenação do livro terceiro, titulo vinte e cinco, em tudo que lhe fôr applicavel.

8.º—Para se evitarem demandas, e se facilitarem os meios de haverem as partes o seu Direito, quando alguma dellas fica ás outras obrigada por todo e qualquer damno, que cause com o seu injusto repudio, poderão os contrahentes, com consentimento, e approvação de seus pais, Tutores, e Curadores, definir, e ajustar na escriptura dos Esponsaes a quantia, que deverá servir de compensação á parte lésa, em tal caso. E succedendo tratar-se em Juizo da satisfação da mesma quantia assim definida, e estipulada, se procederá nelle na fórma da Ordenação referida; e na falta de especial estipulação das partes, de indemnisação, e interesse, ficarão ao prudente arbitrio dos Julgadores, conforme as circumstancias que no caso occorrerem(1).

9.º—Por quanto, sendo declaradas nullas, irritas, e de nenhum valor as promessas, pactos, e convenções esponsalicias, que não forem contrahidas pela fórma, que sou servida prescrever nesta Lei, poderá succeder que se frequentem os estupros, para por este meio illicito, e criminoso se adquirir o direito ao matrimonio, ou ao dote: Querendo desde logo occorrer a tão perniciosos abusos, e fraudes: Hei por bem abolir, e extinguir a querella de estupro, que pela Ordenação do livro quinto, titulo vinte e trez compete ás mulheres virgens, que se deixão corromper por sua vontade(2).

E mando:

Primeiro: que nenhuma dellas, excedendo a idade de dezesete annos completos(3), ainda que tenha contrahido esponsaes, possa por este motivo ser ouvida em Juizo, excepto o caso, em que seja real, e verdadeiramente forçada.

Segundo: que aquelle que a corromper, sendo maior de dezesete annos, seja condemnado a arbitrio do Juiz, regulado pela qualidade, estado, e condição de hum e outro; não arbitrando porem, nos casos ordinarios menor pena, que a de degredo por cinco annos para as Colonias de Africa, ou da Asia; á qual só se poderá proceder a requerimento dos pais, Tutores, e Curadores, e na falta delles, dos Irmãos.

Porem sendo a corrupta menor dos ditos dezesete annos, attendendo a que a inconsideração, que he ordinaria antes da referida idade para evitar a sua ruina, por isso mesmo aggrava o crime do seductor: Ordeno, que querellando ella nestes termos, ou seus pais, Tutores, ou Curadores, seja o seductor condemnado criminalmente nas penas arbitrarias na sobredita fórma, e além dellas no dote, que lhe corresponder, segundo a sua condição, e qualidade, ficando sem vigor as disposições, e penas estabelecidas na referida Ordenação do livro quinto, titulo vinte e trez; e na Lei de vinte e nove de Junho de mil setecentos setenta e cinco, pelo o que pertence ao caso de Estupro voluntario; e prohibida por conseguinte toda, e qualquer interpretação, que se lhe pertenda dar em contrario.

10.— Para evitar duvidas, e opiniões: Ordeno, que na disposição desta Lei se entendão comprehendidos os Esponsaes preteritos, se dentro de trez mezes, contados da sua publicação na Cabeça da Comarca, não forem ajuizados celebrados na antiga forma por escriptos, e testemunhas ajuizando-se no dito termo, se procederá nestas causas (assim como nas que se achão pendentes) conforme a Jurisprudencia até agora recebida. Da mesma forma, e dentro do referido termo de trez mezes, se procederá nas querellas de estupro, que se pretenderem intentar, assim como nos processos, que actualmente penderem em Juizo.

Esta se cumprirá tão inteiramente como nella se contém, sem duvida ou embargo algum, qualquer que elle seja.

Pelo que mando, etc.

Dada no Palacio de Queluz em 6 de Outubro de 1784. — *Com a Assignatura da Rainha com guarda.*

LEI DE 17 DE AGOSTO DE 1761.

Regulando os dotes das filhas das Pessôas da primeira Grandesa (1).

D. José, por graça de Deos, etc.

Faço saber aos que esta Lei virem, que por quanto a experiencia tem mostrado os grandes inconvenientes, que se seguem a conservação, e ao augmento da principal Nobreza dos meus Reinos, não só de se dividirem por iguaes porções, ou legitimas, as heranças dos Fidalgos entre os seus filhos varões, e filhas femeas; tirando-se assim aos primeiros os meios para se empregarem no serviço da minha Corôa; e

(1) Vide Almeida e Sousa—*Acç. Sum* to. 1 pag. 82 e 581.

(2) Vide Almeida e Sousa—*Seg. Lin* to. 1, pag. 667, *Notas á Mello* to. 2 pag. 560, *Fascic.* to. 3 pag. 110, e *Obrig.* pag. 19.

(3) Esta disposição servio de base ao Codigo Criminal no art. 219.

(1) Vide Ord. deste liv. t. 17 rub., e nota (2) á pag. 835.

para accrescentarem nelle o explendor das suas respectivas familias; mas tambem de se constituirem ás filhas femeas illimitados dotes para seus casamentos, de sorte que nas faculdades das casas, nas quaes concorrião muitas filhas, não cabia dar-lhes o estado do matrimonio sem se arruinarem inteiramente com a constituição de tantos dotes; seguindo-se delles tambem prejuizo grande ás outras casas que os recebião; já pela difficuldade de os segurarem; já porque, entrando nellas em alfaias, e moveis corruptiveis, sahião depois por despendiosos pleitos, e execuções effectivas em moeda corrente, ou bens solidos e estaveis, e não sendo menos dignos da minha Real providencia os attendiveis damnos, que até agora padecerão ainda as mesmas dotadas, porque nos casos de ficarem viuvas lhes accrescia sobre os descommodos indispensaveis no seu estado vidual, e digno de todo o favor e compaixão, o de fazerem e proseguirem muitos pleitos, esperarem as delongas e fins incertos delles, para se alimentarem dos seus dotes e arrhas; os quáes ordinariamente, ainda depois de restituidos por aquelles onerosos meios, não erão competentes para a congrua, e decorosa sustentação das pessoas da sua qualidade: Tendo consideração a estes, e outros motivos dignos da minha Real, e pia attenção:

E mandando ver, e considerar esta materia pelos do meu Conselho, e por outros Ministros dos de maior graduação, e de mais experimentada prudencia, com cujo parecer me conformei.

Houve por bem estabelecer por esta Lei aos ditos respeitos o seguinte (1):

1. Determino que as heranças das pessoas, que tiverem o Foro de moço Fidalgo da minha Casa, e d'ahi para cima, e que com elle possuirem bens vinculados, e da Corôa e Ordens, que juntos excedão a trez contos de réis de renda annual; e nos bens das mesmas heranças, que na fórma de Direito são partiveis entre filhos e filhas; da publicação desta Lei em diante se dividão sómente pelos primeiros, sem dos referidos bens se adjudicar cousa alguma ás segundas; ou seja por titulo de legitima, ou de dote, ou debaixo de qualquer outra denominação, por mais especiosa que seja (2).

2. Para que com tudo não succeda carecerem as sobreditas filhas dos meios necessarios para se alimentarem em quanto viverem com seus irmãos, e parentes nas casas dos pais ou avós communs, serão os mesmos irmãos ou parentes obrigados a alimental-as com decencia; ou pelas quotas partes dos rendimentos das legitimas, que lhes tocarião por o Direito, havendo-as, as quaes serão sempre adjudicadas por rateio com este encargo real; ou pelos bens dos Morgados dos referidos pais, ou avós communs onde não chegarem os bens allodiaes, que pela sobredita fórma se houverem repartido pelos filhos varões.

3. Querendo as mesmas filhas mudar de estado, se lhes assistirá nesta mesma conformidade com o que lhes fôr necessario para a sua accommodação, segundo as faculdades dos irmãos, ou parentes, que as tiverem a seu cargo.

4. Se o referido estado fôr o do matrimonio: Ordeno que para elle não possa exceder a despeza, que se fizer com as sobreditas filhas a do seu enxoval de roupa branca, despendendo-se nelle até a quantia de quatro mil cruzados; sem que além do referido enxoval de roupa branca reduzido á sobredita quantia, se possa dar, ou doar ás futuras esposas outra alguma cousa a titulo de dote; ou debaixo de qualquer outra denominação; ou seja em bens de raiz; ou em dinheiro; ou em joias; ou em outras alfaias differentes; sob pena de nullidade dos contractos; de perdimento dos bens por elle transferidos, ametade a favor do cofre da redempção dos Captivos, outra ametade a favor do Hospital Real de todos os Santos; e de perdimento dos Officios dos Tabelliães, que taes contractos estipularem, sendo Proprietarios, ou do valor dos mesmos Officios, sendo Serventuarios, a favor das partes que os denunciarem.

5. O mesmo ordeno que se pratique tanto a respeito da quantia dos dotes, e do excesso delles, como das penas acima estabelecidas; ainda no outro caso de não haver nas heranças bens livres para a sobredita reserva; e de serem as esposas dotadas pelos proprios bens de seus pais e irmãos, por que ainda neste caso militarão as mesmas disposições, sem a menor differença.

6. Da sobredita disposição geral excepțuo sómente dous casos a saber:

Primeiro: o de serem as esposas Damas da Rainha minha sobre todas muito amada, e prezada mulher; porque sendo taes, poderão fazer nos seus contractos matrimoniaes declarada menção dos despachos, que lhes pertencerem pelos serviços que houverem feito.

Segundo: o de serem as mesmas esposas ou herdeiras das suas casas, ou chamadas para succeder em quaesquer outras casas de seus parentes por consanguinidade, ou affinidade, ou ainda por effeito de amizade; porque, casando como herdeiras em qualquer destes casos, poderão dotar-se livremente com os bens que tiverem, e fi-

(1) Vide Almeida e Sousa—*Diss.* pag. 98 e *Notas á Mello* to. 2 pag. 516.
(2) Vide Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 514.

zerem delles as reservas abaixo declaradas.

7. Occorrendo ao decente ornato das sobreditas esposas no tempo que passarem ao estado do matrimonio; e á congrua sustentação que para o estado vidual lhes devem fazer segura as casas onde entrarem para continual-as.

Determino em quanto ao referido ornato, que este se faça por conta dos esposos sendo maiores, ou se forem menores, por seus pais, Tutores ou Administradores; consistindo os mesmos ornatos nupciaes sómente em hum vestido de gala para o dia do casamento; em dous vestidos mais para os dous dias proximos successivos a elle; e em humas arrecadas(1); em huma peça, ou joia da garganta; em hum anel; e em hum relogio de algibeira; sem que os ditos ornatos se possão exceder de modo algum, sob pena de perdimento de todas as peças, que excederem ás sobreditas, para serem applicadas na referida fórma (2).

E em quanto á congrua sustentação das mesmas esposas nos casos da viuvez, estabeleço que, ficando estas por morte de seus Maridos na *posse civilissima* de todos os bens do Casal, assim Patrimoniaes, como da minha Corôa, e das Ordens, em que se achar que ha vidas já concedidas, se conservem nella até que pelo officio dos Juizes a quem pertencer, se lhe separe *precipua* a decima parte dos rendimento annuaes de tódo o monte maior das rendas das respectivas Casas, a qual decima parte lhes será tambem logo adjudicada a titulo de Apanagio, ou de Alimentos pelas rendas mais liquidas, e sólidas que houver no Casal; ou sejão provenientes de bens allodiaes; ou, na falta delles, dos bens de Morgados, e Capellas; ou, no defeito destes, dos bens da Corôa e Ordens, em que houver vidas; para o que tudo hei desde logo por concedidas todas as necessarias faculdades, e todas as precisas dispensas não só como Rey, mas tambem como Grão Mestre das Ordens Militares, sem a dependencia de outro algum despacho:

E se conservarão na referida posse com os privilegios de preferencia, e com todos os mais que por Direito se achão estabelecidos a favor dos bens dotaes, cuja natureza ordeno que fiquem tendo os sobreditos Apanagios: Fazendo-se esta adjudicação de plano, pela verdade sabida, sem mais ordem judicial, do que a dos termos que necessarios fôrem para se computar a totalidade das rendas das respectivas Casas na sobredita fórma:

E ficando as viuvas assim alimentadas conservadas igualmente depois da dita divisão na posse dos ditos alimentos, e bens a elles pertencentes, para todo o tempo da sua vida em quanto existirem no estado Vidual, para que ao tempo em que fallecerem, ou passarem a segundas nupcias, cesse por qualquer dos mesmos factos a posse dos ditos alimentos, e voltem tambem logo com os bens a elles obrigados ás Casas, donde houverem sahido na sobredita fórma.

8. Nos dous casos, acima contemplados, de serem as esposas Damas da Rainha minha sobre todas muito amada, e prezada mulher; ou de serem herdeiras: Ordeno pelo que pertence ás primeiras, que, além da decima das rendas dos bens do Casal em que Viuvarem, lhes fiquem *precipuas* as suas tenças por todo o tempo que lhes durar a vida, sem que lhes possa diminuir em razão dellas cousa alguma dos Apanagios, ou Alimentos acima ordenados: E pelo que toca ás segundas, que como senhoras das suas Casas possão estipular com seus respectivos Esposos, assim para a vida, como para a morte, as reservas e condições, que bem lhes parecer, como até agora se praticou sem a menor differença (1).

9. E esta se cumprirá tão inteiramente, como nella se contém, não obstante quaesquer Leis, disposições de Direito, Patrio, ou Commum, ainda que sejão daquellas que requerem especial derogação, e sem embargo de quaesquer opiniões de Doutores; porque todas hei por derogadas para este effeito somente, ficando aliàs sempre em seu vigor.

Mando, etc.

Dada no Palacio de Nossa Senhora da Ajuda á 17 de Agosto de 1761.—*Com a Assignatura de El-Rey, e a do Ministro.*

ALVARÁ DE 17 DE AGOSTO DE 1761.

Providencia sobre os abusos de dispensas nos casamentos de pessoas da primeira Grandeza, e luto das viuvas (2).

Eu El-Rey faço saber aos que este Alvará com força de Lei virem, que não havendo sido bastantes as repetidas Leis que em diversos tempos forão estabelecidas pelos Senhores Reys meus predecessores para obviarem, nem ás superfluas e dispendiosas ostentações dos casamentos publicos com as quaes (contra o costume das Córtes mais polidas da Europa) humas vezes se tem arruinado inteiramente, outras se tem deteriorado muito as Casas da Nobreza na mesma occcasião, em que se tratava de as conti-

(1) *Arrecadas*, i. e., brincos das orelhas, que vulgarmente se chamão entre nós *argolas*, *bichas*, etc. Adorno proprio das mulheres.

(2) Vide Almeida e Sousa — *Notas á Mello* to. 2 pag. 474 e 487, e to. 3 pag. 555.

(1) Vide Almeida e Sousa — *Fascic.* to. 1 pag. 43, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 288 e 433.

(2) Vide Ord. deste liv. t. 47 rub., e nota (2) á pag. 835.

nuar; nem aos extraordinarios excessos com que no nôjo e luto da Viuvas, e pessoas distinctas se tem praticado os abusos de se fecharem inteiramente as janellas de todas as casas, e de serem as mesmas Viuvas reduzidas ao canto de huma casa escura com a cama no pavimento della, e de não sahirem de tão funesta habitação antes de ser passado hum anno, e de haverem no decurso delle contrahido muitos, e muito graves ataques, os quaes de modo ordinario lhes ficão durando toda a vida.

Tendo consideração ao referido: Depois de ter consultado sobre esta materia com os do Meu Conselho, e outros Ministros dos mais graduados, e de mais experimentada prudencia, com cujos pareceres Me conformei: Hei por bem declarar, e ampliar aos ditos respeitos as Leis, e Pragmaticas antecedentes na maneira seguinte:

1. Prohibo que do dia da publicação desta em diante se faça na minha Côrte pelas pessoas della, que tiverem o Fôro de Moço Fidalgo da Minha Casa, e dahi para cima, com trez contos de réis de renda annual em bens vinculados, e da Corôa, e Ordens, ou dahi para cima, algum casamento, que seja publico; assim na assistencia para a celebração do Matrimonio, como no acompanhamento dos Noivos; e na recepção destes em sua casa: E que nas referidas funcções concorrerão por convite, ou sem elle pessoas algumas (além dos Padrinhos e Madrinhas) que não sejão os Parentes do primeiro grão, como Pais e Irmãos dos Contrahentes: E tudo debaixo das penas do Meu Real desagrado, e do perdimento das carruagens e bestas, em que forem; ametade a favor do Cofre da Redempção dos Captivos; e a outra ametade a favor do Hospital Real de todos os Santos; e a cujos Procuradores ordeno que promovão pelas transgressoões desta Minha Lei até serem executadas as penas nella estabelecidas.

2. Igualmente prohibo debaixo das mesmas penas, que os sobreditos Contrahentes daquella qualidade possão pernoitar dentro da cidade de Lisboa, ou em distancia menor de duas leguas della no dia em que se receberem: Antes pelo contrario ordeno, que sejão obrigados a passarem logo a qualquer casa de campo, que pelo menos exceda o referido espaço para nella se dilatarem o tempo que as suas obrigações e dependencias domesticas poderem permittir-lho: não sendo em nenhum caso a sobredita ausencia da Côrte de menos de dez dias, nos quaes se lhes não poderão fazer, nem serem por elles recebidas outras visitas, que não sejão as dos parêntes no primeiro grão acima declarados.

3. Da mesma sorte prohibo que as Viuvas da publicação deste em diante, sejão encerradas em camaras escuras, e privadas do uso decente dos seus leitos, ou reclusas ainda em todas as casas das suas respectivas habitações por tanto tempo como até agora se tem praticado: Ordenando que logo no mesmo dia do fallecimento de seus Maridos, se retirem para qualquer outra casa da Côrte, ou do campo, tendo para isso commodidade: E que no caso de a não terem, e de ficarem por isso nas mesmas casas da sua residencia, se não possão nellas fechar as janellas, nem extender-se o nôjo a mais de oito dias; nem encerro em casa a mais de hum mez; nem se possão servir de luzes, e camas aos cantos das casas, ou no chão; porque todas estas ceremonias declaro por abusos e corruptellas, e como taes as reprovo, e hei por abolidas debaixo da mesma pena do Meu Real desagrado, e de dous mil cruzados repartidos na sobredita fórma, e pagos ametade pelas mesmas viuvas, e a outra ametade pelos donos das casas, ou cabeças de Familias, que os sobreditos abusos praticarem, ou a elles derem o seu consentimento.

4. O mesmo Ordeno tambem que se observe nos encerros e nôjos dos Parentes no primeiro grão, por todas as outras pessoas de ambos os sexos, em tudo o que fôr applicavel a cada huma dellas.

E este se cumprirá tão inteiramente como nelle se contém, não obstante quaesquer Leis, disposições de Direito Patrio, ou Commum, ainda que sejão daquellas que requer especial derogação; e sem embargo de quaesquer opiniões de Doutores; por que todas hei por derogadas para este effeito sómente; ficando aliás sempre em seu vigor:

E mando, etc.

Dado no Palacio de Nossa Senhora da Ajuda a 17 de Agosto de 1761. — *Com a assignatura de El-Rey e do Ministro.*

ALVARÁ DE 4 DE FEVEREIRO DE 1765.

Declarando a Lei de 17 de Agosto de 1761, sobre Legitimas, e dotes das filhas das Casas principaes(1).

D. José por graça de Deus, etc.

Faço saber aos que esta Lei virem, que tendo-me sido presente, que sobre a execução da minha Lei de 17 de Agosto de 1761, em que dei providencia, para que as filhas das casas da Nobreza destes Reinos tivessem decente sustentação nos estados, a que fossem destinadas por seus pais, e parentes, se tem movido algumas questões de que podem resultar duvidas prejudiciaes

(1) Vide Ord. deste liv. t. 47 rub., e nota (2) á pag. 835.

á boa execução da referida Lei: ampliando e declarando as disposições della.

Hei por bem declarar o seguinte:

1.º Para que as esposas, que casarem com filhosfamilias, no caso de fallecerem estes em vida de seus pais antes de succederem nas suas casas, não succeda sahirem dellas sem providencia alguma para o seu sustento; voltando á casa de seus pais; ou para estes as sustentarem á sua propria custa, depois de haverem entrado em outra familia diversa; ou para carecerem dos meios necessarios para conservação da decencia do seu estado vidual:

Determino, que todas quantas vezes succeder este caso, as sobreditas viuvas levem sempre comsigo as mezadas, que lhes forem estipuladas nas Escripturas Dotaes para os seus alfinetes; e que as mesmas mezadas se lhes fiquem continuando em quanto por segundas nupcias não passarem a continuar outras casas, que devão alimental-as na fórma da referida Lei de 17 de Agosto de 1761; caso no qual pelo mesmo facto da celebração do novo matrimonio cessarão as prestações dos ditos alfinetes, ou alimentos a favor das Casas, que no estado da viuvez os houverem prestado na sobredita fórma.

2.º Mando, que o mesmo se pratique nos casos em que as referidas viuvas ficarem no estado da viuvez com filhos, e se conservarem no referido estado da viuvez; para nelle se lhe continuarem os sobreditos alfinetes em quanto durar a vida de seus sogros, ou senhores das Casas, e em quanto pelo fallecimento destes, se lhes poder separar para seus alimentos viduaes a decima dos bens determinada na mesma Lei de 17 de Agosto de 1761.

3.º Succedendo concorrerem no mesmo casal duas viuvas, como Sogra, e Nora; ou como cunhadas viuvas de dous irmãos; á Sogra, e á cunhada viuva do filho primogenito competirá sempre a decima dos bens dos casaes em que taes casos succederem, em quanto vivas forem, e ás Noras, e ás cunhadas viuvas dos filhos segundos, ou terceiros, competirão sómente os subsidios dos alimentos, ou alfinetes acima ordenados; de tal sorte que em nenhum caso possa a mesma casa ser ao mesmo tempo gravada com as prestações de duas Decimas dos seus bens.

4.º Determino que os sobreditos alfinetes, ou alimentos das referidas viuvas, nos casos acima mencionados, havendo qualquer duvida, ou demora na sua prestação, sejão cobrados executivamente pelo officio dos Juizes ante quem se apresentarem as Escripturas de dote: os quaes mando, que á vista dellas mandem fazer logo, sem outra figura de Juizo, penhora em tantos bens, quantos bastem para o effectivo, e successivo pagamento das mesmas viuvas: E que vindo os executados com embargos, não sejão com elles ouvidos senão em acto separado, e sem prejuizo das execuções, e dos sobreditos alimentos (1).

5.º Attendendo a que os Prazos em vidas, ou de nomeação, costumão passar ás pessoas, que nelles succedem, ou pelas disposições de Direito, ou pelas nomeações dos Emphyteutas, livres de todo o encargo, e a que não seria coherente, nem justo, que pela livre transmissão dos ditos Prazos se diminuissem ás viuvas os apanagios, ou alimentos, que lhes tenho estabelecido pela referida Lei de 17 de Agosto de 1761; ao mesmo tempo, em que pela utilidade publica da conservação da Nobreza sujeite á computação dos referidos apanagios até os mesmos bens da Corôa, e das Ordens:

Estabeleço, que na referida computação dos bens de casa entrem sempre á collação os rendimentos dos sobreditos Prazos vitalicios: os quaes desde agora para então mando, que para esse effeito fiquem gravados com o referido encargo, e a elle sujeitos em todos os casos occorrentes; de tal sorte, que, ficando salva aos Emphyteutas a livre nomeação, que por Direito lhes competir, fiquem os nomeados, e os seus successores obrigados a pagarem as sobreditas viuvas a decima parte dos rendimentos dos ditos Prazos, em quanto vivas forem, e se conservarem no estado vidual, sem duvida, ou embargo algum, qualquer que elle seja.

6.º Para maior favor das Damas do Paço, que devem sahir com as suas tenças *precipuas*, na forma da referida Lei: Hei por bem amplial-a a este respeito; ordenando que os Sogros, ou pessoas, que seu lugar tiverem, ou os mesmos esposos, contractando no seu proprio nome, sejão obrigados a fazerem os assentamentos das referidas tenças dentro no anno proximo seguinte ao contracto da escriptura dotal; sob pena de pagarem pelos seus proprios bens a importancia das referidas tenças no caso da separação do matrimonio, se a este tempo não mostrarem havel-as assentado dentro no anno acima ordenado; o qual mando seja preciso, peremptorio, e improrogavel; e que pelo simples facto do lapso delle, fique desde logo liquida, e para a sobredita pena, sem que para a illudir se possão allegar quasquer escusas, ou recorrer ás regras, e subtilezas de Direito, com que ordinariamente se pretendem escusar os commissos; as quaes mando que cessem, e não tenhão neste caso lugar, nem possão ser nelle attendidas.

7.º E contemplando as pias causas, que moverão o Meu Real Animo para determinar o que por esta Lei tenho estabelecido:

---

(1) Vide Almeida e Sousa— *Proc. Execut.* pag. 102.

Ordeno, que ella comprehenda igualmente os casos preteritos, ou contractos celebrados depois da sobredita Lei de 17 de Agosto de 1761.

E que ambas sejão sempre observadas, e executadas no seu litteral sentido, assim como se achão escriptas, sem nunca jamais terem nellas lugar as interpretações dos Juizes, ou intelligencias Juridicas de quaesquer Doutores, ou ainda as que provierem de Direito Civil ou Patrio, porque todas as sobreditas interpretações, intelligencias, e disposições prohibo neste caso para de nenhuma sorte poderem ser allegadas, ou attendidas em Juizo, nem fóra delle, contra o que litteralmente se acha por ambas as sobreditas Leis estabelecido.

E esta se cumprirá tão inteiramente, como nella se contém não obstante quaesquer Leis, disposições de Direito, Patrio, ou Commum, ainda que sejão daquellas, que requerem especial derogação, e sem embargo de quaesquer opiniões de Doutores; porque todas de meu motu proprio, certa sciencia, poder Real, pleno, e Supremo Hei por derogadas para este effeito sómente, ficando aliás sempre em seu vigor.

E mando, etc.

Dada em Salvaterra de Magos, a 4 de Fevereiro de 1765.— *Com a assignatura d'El-Rey, e a do Ministro.*

DECRETO DE 17 DE JULHO DE 1778.

Declara e suspende interinamente a execução de algumas Leis até se concluir o novo Codigo (1).

Tendo mandado fazer novo Codigo e compilação das Leis do Reino, em que se regule a legislação mais conveniente aos meus vassallos; e sendo-me presentes as duvidas, embaraços, e questões, que se agitão sobre a intelligencia, e execução de muitas Leis extravagantes, que convém examinar com mais exacta averiguação; e porque na demora que houver, em quanto sobre esta importante materia se não determina o mais justo, para se concluir, e publicar no mesmo Codigo, não devem continuar os prejuizos, que resultão das sobreditas Leis.

Hei por bem, e por modo de providencia *interina*, que só durará até á publicação do referido Codigo, suspender, e declarar algumas das ditas Leis na forma seguinte:

Pelo que pertence ás *Leis testamentarias*: Sou servida suspender a disposição da Lei de 25 de Julho de 1766; ficando sómente em observancia o paragrapho decimo della: com declaração porém, que os alimentos, ou terças vitalicias, que pelos Pais, Testadores, ou Doadores forem deixados, ou doados ás pessoas nelle contemplados, se não reduzão a taixa limitada, e certa; mas que, sendo em sua vida, ficará a arbitrio dos mesmos Pais, Testadores e Doadores a quantia, que bem quizerem determinar: Igualmente fique suspensa a Lei do 1°. de Agosto de 1774 para não ter observancia alguma(1).

E ordeno outro sim, que na Lei de 9 de Setembro de 1769 fiquem suspensas as disposições dos paragraphos primeiro até ao nono inclusivamente, com os paragraphos decimo oitavo, decimo nono, e vigesimo primeiro; e os paragraphos vigesimo setimo, vigesimo oitavo, e vigesimo nono; e a outra Lei de 23 de Novembro de 1770, que com este concorda, para que não tenhão observancia alguma; guardando-se pelo que respeita ás materias, de que se trata nas ditas Leis, e paragraphos suspensos até a promulgação do referido Codigo, o que se dispõe, e determina nas Ordenações do Reino: e ficando tudo o mais que se contém na sobredita Lei de 9 de Setembro, em seu vigor e observancia.

E considerando igualmente o quanto necessitão de se declararem, e moderarem as duas Leis de 17 de Agosto de 1761: Hei por bem ordenar, que se não observe o paragrapho primeiro de uma dellas, em que se ordena, que ás Filhas das Casas mais distinctas, de que nella se trata, se não adjudiquem as Porções legitimas; visto que desta providencia não resulta a conveniencia, que nesta Lei se considerou; nem esta he tal, que possa permittir a privação das legitimas devidas por Direito commum geralmente recebido:

E ordeno igualmente, que além do referido fique suspensa a disposição dos paragraphos segundo, e terceiro, como consequencias do primeiro: E declarando o paragrapho setimo da mesma Lei, que nem regulou o valor das Joias Esponsalicias, nem ordenou a observancia, ou derogação do capitulo decimo sexto da Pragmatica de 24 de Maio de 1749; não sendo conveniente o deixar nesta materia huma ampla licença á vaidade, e ao luxo: Determino, que nem os noivos, nem seus pais possão dar cousa alguma, por qualquer motivo, ou occasião que seja, ás suas esposas, ou de seus filhos, que não seja nos dias da primeira visita, e das Escripturas; e que as joias e ornatos, que em taes occasiões se derem, nunca possão exceder o valor de oito mil crusados. Ficando porém a arbitrio dos noivos, ou de seus pais escolher a qualidade, e numero das referidas joias, e ornatos; com tanto que todos não excedão o sobredito valor dos oito mil cru-

(1) Vide Ord. deste liv. t. 47 rub., e nota (2) á pag. 835.

(1) Esta lei tinha por fim a exacta observancia das Leis de 25 de Janeiro de 1766, e 9 de Setembro de 1769 ácerca de heranças.

zados: E com esta declaração ficará tudo o mais, que se contém no referido paragrapho, em seu vigor; e ficarão os transgressores delle sugeitos á disposição geral do mesmo capitulo decimo sexto da Pragmatica.

Semelhantemente ordeno, que se suspenda a disposição do paragrapho segundo da outra Lei da mesma data de 17 de Agosto de 1761; por se haver conhecido, que o que nelle se determina por economia, se converteo em maior despeza, e incommodo: guardando-se em tudo o mais o disposto nas mesmas Leis.

E havendo outro sim respeito a que a desordenada cubiça, e orgulho de muitas pessoas tem pervertido os justos fins das Leis de 9 de Julho, e de 14 de Outubro de 1773: Mando, que d'aqui em diante sómente se observem os paragraphos undecimo, e duodecimo da Lei de Julho; ficando em tudo o mais suspensa a observancia das referidas duas Leis: com declaração porém, que a respeito das Fazendas, que já estivessem encravadas ao tempo da promulgação das mesmas Leis se poderá ainda requerer a adjudicação pela Meza do Desembargo do Paço, quando o predio encravado não exceda a quantia de duzentos mil réis; ou esse predio encravado não tiver igual, ou maior valor do que aquelles, em que se achar encravado.

E se porém houver caso, em que haja algum de maior valor, que ainda assim a respeito da propriedade, em que está mettido, se possa considerar de menor importancia nos termos da Lei: a sobredita Mesa do Desembargo do Paço me poderá consultar a união delle; e o mesmo se praticará a respeito dos predios contiguos, no caso especial sómente de serem necessarios para se incluirem em algum grande edificio, ou para entrar em alguma consideravel propriedade murada; e isto com os unicos fins de evitar grande deformidade, ou grande defeito no delineamento dos referidos edificios e fazendas. E que pelo que toca as avaliações, que para estes, e outros semelhantes effeitos se houverem de fazer d'aqui em diante, se regulem os vinte annos preteritos pelo rendimento, que tiverem ao tempo da avaliação as fazendas que se avalião, sem attenção ao dos annos anteriores, em que podião valer menos

Ultimamente por me constar que convem extender esta mesma providencia a respeito das Leis de 8 de Fevereiro de 1775, que deo nova fórma ao modo de se tirarem as residencias aos Bachareis, que servem nos lugares do Reino, e conquistas, de que resultão embaraços, que se não podem vencer sem prejuizo dos mesmos Bachareis, e detrimento dos povos, e da outra Lei de 5 de Setembro de 1774, que tirou a jurisdicção de servirem os Vereadores em lugar dos Juizes de Fóra impedidos; no que a experiencia tem mostrado se prejudica gravemente á administracção da Justiça: Hei por bem suspender da mesma fórma a observancia das ditas duas Leis até á nova Legislação: guardando-se inteiramente a estes respeitos a Ordenação do Regimento, e pratica do Desembargo do Paço.

E Hei outro sim por bem, que as Leis de 21 de Maio de 1751, e de 20 de Junho de 1774, em quanto mandão, que todos os moveis penhorados se levem ao Deposito publico, só se entenda, e observe em quanto a peças de ouro, prata, e outros metaes de valor, e as pedras preciosas; e que o resto dos moveis possa ficar em depositos particulares á convenção das partes, e arbitrio dos Juizes: declarando para este effeito o determinado nas mesmas Leis.

E para se evitar toda e qualquer duvida e embaraço: Mando que baixe assignado pelo Visconde de Villa Nova da Cerveira, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Reino, huma copia de todos os paragraphos das Leis, de que neste Decreto se suspende, ou se declara a observancia: e que semelhante copia, assignada pelo Secretario da Meza do Desembargo do Paço, se inclua nas Ordens, que se houverem de expedir em virtude do mesmo Decreto.

Todas estas minhas reaes Resoluções se guardarão da data deste em diante sem respeito algum ao preterito; e para que a presente mudança não dê occasião a novas causas: Sou servido ordenar, que a ninguem seja permittido intentar de novo acção alguma sobre o Direito, que lhe podião dar as Leis suspensas, ainda com o motivo de a ter adquirido em tempo habil: porque em beneficio do socego publico hei por peremptas, e extinctas as ditas acções: Ordenando, que, quanto ás causas já findas e extinctas, ou seja por sentenças judiciaes, que passarão em julgado, ou seja por amigaveis transacções legitimamente celebradas, fique o julgado nas ditas causas em toda a sua força, e vigor; quanto porém ás que estão ainda pendentes por via de appellação, ou aggravo, adoptando nesta parte as disposições do Direito Romano; Sou servida, que naquellas causas, em que na primeira instancia se tiver dado a ultima sentença, sejão julgadas na superior na conformidade das Leis, que ao tempo, em que se proferio a dita sentença, estavão em observancia; e naquellas, em que ainda não a houver, se julguem conforme a minha presente Real determinação.

E especificando mais esta mesma declaração a respeito das legitimas das filhas das Casas distinctas: Hei por bem

declarar, que se lhes adjudicarão não só as que lhes acontecerem pela morte dos Pais fallecidos depois da data deste, posto que já estejão casadas; mas tambem quando os Pais fallecessem antes, no caso que os inventarios se não achem feitos, e sentenciados em Juizo, ou concluidos por accordo, convenção, e amigavel ajuste dos interessados, sendo maiores; porque nestas circumstancias está já suspensa a observancia da Lei, quando se profere a sentença, e faz a adjudicação.

A Meza do Desembargo do Paço o tenha assim entendido, e faça executar, mandando expedir as Ordens necessarias. Palacio de Queluz, em 17 de Julho 1778.— *Com a rubrica de Sua Magestade* (1).

Copia das Leis, e Alvarás, que por Decreto de 17 de Julho de 1778 Sua Magestade foi servida ordenar se suspenda interinamente *na sua observancia, ou a continuarem a ter com a moderação, ou declaração que no mesmo Decreto se determina.*

Lei de 25 de Junho de 1766, que teve por objecto declarar, e ampliar as Leis ordenadas a cohibir as fraudulentas, e impias negociações de Testamentos, e ultimas vontades; e Alvará do 1º de Agosto de 1774, pelo qual se prohibirão de futuro, e annullarão de preterito todas as convenções celebradas sobre as heranças, que por effeito de outras Leis se achavão deferidas aos herdeiros legitimos, com providencias contra as extorsões dos cabedaes alheios.

Estas Leis ficão suspensas, e sem observancia alguma, exceptuando o Paragrapho decimo da Lei de 25 de Junho de 1766, com a declaração, que se ordena no Decreto acima referido de 17 de Julho de 1778.

§ 10.—Exceptuo da mesma sorte em terceiro, e ultimo lugar os alimentos, que os Testadores deixarem a seus Filhos, Irmãos, Primos com Irmãos, ou sobrinhos, filhos de Irmãos, que estiverem nas sobreditas Communidades, Seculares, ou Regulares: com tanto que os referidos alimentos sejão vitalicios, não excedão nunca o valor de cincoenta mil réis em cada hum anno nas provincias da Estremadura, e Além-Tejo; de vinte mil réis nas outras provincias de Portugal, Reino do Algarve, e Ilhas adjacentes; e de sessenta mil réis nos meus Dominios de Africa, America, e Asia.

Este Paragrapho decimo tem a declaração seguinte.

Com declaração porém, que os alimentos, ou Tenças vitalicias, que pelos Pais, Testadores, ou Doadores forem deixados, ou doados as pessoas nelle contempladas, se não reduzão a Taxa limitada, e certa; mas que sendo em sua vida, fique a arbitrio dos mesmos Pais, Testadores, e Doadores, a quantia que bem quizerem determinar.

Lei de 9 de Setembro de 1769, que amplíou as disposições da Lei de 25 de Julho de 1766.

As determinações desta Lei ficão suspensas desde o Paragrapho primeiro até o nono: com os §§ 18, 19, e 21, e os §§ 27, 28, e 29.

§ 1.—Nenhuma pessoa, de qualquer estado, e condição que seja, tendo parentes até o quarto grão inclusivamente, contado conforme o Direito Canonico, poderá dispôr em ultima vontade de todos os bens, que houver herdado em prejuizo, e sem consentimento dos ditos parentes, a quem a sua herança se haja de volver *ab intestato.* Não tendo porém Filhos, ou descendentes, poderá então dispôr dos bens, que houver adquirido pelo seu trabalho, industria, serviço, ou que houverem sido deixados, ou doados; com tanto, que a sua disposição *não seja absolutamente livre*; mas sim, e tão sómente restricta a escolher entre os ditos parentes, aquelle, ou aquelles, que lhe forem gratos. E todas as disposições feitas contra esta impreterivel fórma serão nullas, e de nenhum effeito.

§ 2.—Aquelle Testador, que tiver Filhos, ou descendentes, e tiver sómente bens, que haja herdado, poderá com tudo dispôr da terça delles em beneficio de algum desses Filhos, ou descendentes, que lhes haverião de succeder, morrendo *intestado*. Porém se tiver bens adquiridos por qualquer dos sobreditos modos, poderá livremente dispôr da terça delles, ainda a favor de pessoas estranhas.

§ 3.—Os outros Testadores, que não tiverem parentes dentro do quarto grão, poderão livremente dispôr de ametade dos bens hereditarios, e de todos os adquiridos, como bem lhes parecer.

§ 4.—O Marido, ou Mulher se reputão sempre por parentes, para cada hum delles poder deixar ao que sobreviver o usofructo da terça, ainda quando não haja bens, que não sejão hereditarios. E não havendo Filhos do Matrimonio, poderão reciprocamente deixar-se a propriedade da mesma terça.

---

(1) Vide sobre este Decreto Almeida e Sousa — *Execuç.* pag. 292, *Fascic..* to. 1 pag. 547, to. 3 pag. 94, *Casas* pag. 46, *Dir. Emphy.* to. 1 pag. 38, *Morgados* pag. 71, *Seg. Lin.* to. 2 pag. 193, *Notas á Mello* to. 2 pag. 358 e 514, to. 3 pag. 75, 277, 436 e 453, to. 4 pag. 338, e *Aval.* pág. 10.

§ 5.—Para fazer cessar o sobredito combate, que se infureceo entre os Juizes exetores da minha Lei Testamentaria de 25 de Junho de 1766; e para occorrer aos damnos que delles se seguirão: Declaro por nullas, e de nenhum effeito todas, e quaesquer sentenças, que desde a publicação da mesma Lei se hajão proferido com espirito contrario ao seu genuino sentido, e o verdadeiro espirito acima declarado. E mando, que se recolhão, e por ellas se não faça obra alguma; e que tendo-se feito, se reponha como estabelecida em falsa causa, e contra a disposição da sobredita Lei; sem que as referidas sentenças possão produzir effeito a favor dos que as alcançarão, nem prestar impedimento ás outras Partes, contra quem se houverem proferido.

§ 6.—Por quanto tem chegado aos ultimos excessos a desordem, e a deshumanidade, com que nos testamentos se costuma quotidianamente (debaixo dos pretextos *de causas pias e bens da Alma*) abusar impia, e intoleravelmente da fraqueza, e desaccordo dos Testadores, preoccupados com as funestas cogitações da vida, e da morte, as quaes se lhes representão mais vivamente no acto de testar pelos que os induzem a lhes abandonarem os bens, de que já não podem aproveitar-se, como ordinariamente abandonão, apezar do direito, e da miseria dos parentes, a quem a razão natural, e caridade Christã os mandão conferir: Determino, que d'aqui em diante ninguem possa dispôr a titulo de *legados pios*, ou de *bens da Alma*, de mais do que da terceira parte da terça dos seus bens, ou estes sejão hereditarios, ou sejão adquiridos: E isto debaixo da mesma pena de nullidade.

§ 7.—A referida terceira parte da terça se entenderá porém de tal sorte, que nunca possa exceder a *quantia de quatrocentos mil réis*, e mais não. Por exemplo: importando a terceira parte da terça em seiscentos mil réis, e d'ahi para cima, nunca poderá subsistir a disposição Testamentaria a titulo de Piedade, ou de bens da alma, em mais do que até os ditos quatrocentos mil réis sómente. O mesmo se observará pelos herdeiros legitimos daquelles, que morrerem intestados, á respeito dos suffragios, que lhes parecer fazerem a beneficio das almas dos defunctos.

§ 8.—Exceptuo porem desta geral restricção os Legados deixados, ou ás Casas da Misericordia, ou aos Hospitaes, para Dotes de Orphãs, cura de Enfermos, sustentação de Meninos expostos, ou á Escolas, e Seminarios, de creação, e educação da Mocidade; porque estes legados poderão valer, cabendo na Terça, até a quantia de oitocentos mil reis. E sendo de maior quantia recorrerão os Testadores, ou Legatarios á Minha Real, e immediata Providencia, para lhes defirir, confirmando o excesso do Legado, de que se tratar, em todo, ou em parte, conforme as circumstancias de cada hum dos casos occurrentes, se me parecer que para isso concorrer justa causa.

§ 9.—Para evitar as fraudes, que ordinariamente se costumão fazer pelo meio de Doações *causa mortis*, Mando, que debaixo da mesma pena de nullidade, ninguem possa dispôr por via de Doações *causa mortis* de mais do que lhe fica por esta Lei permittido para dispor, por via do Testamento: Reputando-se sempre para a prohibição as Doações *inter vivos* com a reserva de uso, e fructo em vida por Doações *causa mortis*, sem differença alguma.

Quanto ao preterito.

§ 18.—Sendo exorbitante, que os Instituidores de Capellas fundadas sem preceder a Authoridade Régia, depois de fraudarem a Minha Coroa nas Sizas, e nas outras imposições publicas, em quanto as ditas Capellas andarem pelos Administradores particulares, estendão as suas disposições a gravarem tambem a mesma Corôa já gravada até para o tempo, em que as mesmas Capellas se devolvem: Mando, que todas as que se achão devolutas, e d'aqui em diante se devolverem á Corôa, ou por commissos, ou por serem vacantes, se entendão, e fiquem livres, e izentas de todos os encargos nellas impostos, não havendo precedido para as imposições delles Authoridade Regia (1).

§ 19.—E porque tambem não póde ser compativel com a boa razão, que ao mesmo tempo, em que a Santa Madre Igreja se contenta com a Decima dos fructos, pretenda qualquer Instituidor particular opprimir perpetuamente os seus successores com maiores encargos: Ordeno, que os actuaes gravames, que excederem a decima parte do rendimento liquido dos bens encapellados, sejão, e fiquem desde a publicação desta em diante abolidos, reduzindo-se os sobreditos encargos á dita parte decima sómente. O que com tudo se entenderá emquanto Eu assim o houver por bem e a causa publica o puder permittir (2).

§ 21.—Ao mesmo tempo foi na Minha Real Presença ponderado que as propriedades da casas, os fundos de terras, e as Fazendas, que forem creadas para a subsistencia dos vivos, de nenhuma sorte podem pertencer aos Defuntos: Que nem ha razão alguma, para que qualquer ho-

---

(1) Esta disposição foi de novo mandada vigorar pela Lei de 20 de Maio de 1796.

(2) Foi da mesma sorte restaurado pela Lei de 20 de Maio de 1796.

mem, depois de morto, haja de conservar até o dia de Juizo o dominio dos bens, e fazendas, que tinha quando vivo.

Que menos a pode haver, para que o sobredito homem pretenda tirar proveito do perpétuo incommodo de todos os seus successores até o fim do Mundo: Que se isto assim se admittisse, não haveria hoje em toda a Christandade, hum só palmo de terra, que podesse pertencer á gente viva, a qual da mesma terra se deve alimentar por Direito Divino estabelecido desde a creação do Mundo: Que as causas publicas do augmento, e conservação das Casas Nobres; sendo as unicas causas com que se tem permittido os Vinculos, aliás prejudiciaes a Commercio dos Vassallos, de nenhuma sorte podem applicar-se as Capellas insignificantes; que nem podem principiar familias no *Terceiro Estado*, nem conservar o decóro das que já se achão elevadas aos gráos da Nobreza, servindo sómente as ditas Capellas insignificantes muito pelo contrario de causarem muito frequentes embaraços aos que possuem Terras, e Fazendas, para não poderem alarga-las, e amplia-las, aos fins de as fazerem mais uteis ao publico, e mais Nobres para as suas familias, sem que sejão impedidos pelos innumeraveis estorvos, com que a cada passo lhes obstão estes chamados Vinculos de pouca importancia

Que a tudo o referido accresce fazerem os sobres ditos encargos, com que as Casas, e Fazendas das sobreditas Capellas se achem na maior parte já perdidas, deturbando as Povoações do Rei no com montes de ruinas, e privando a Agricultura dos seus fructos com prejuizo publico.

E attendendo a estas justas cousas: estabeleço por huma parte, que todas as disposições, e convenções *causa mortis*, ou *inter vivos*, em que fôr instituida a Alma por herdeira(1), sejão nullos, e de nenhum effeito: estabeleço por outra parte, que os bens de todas as Capellas, ou Anniversarios, cujos rendimentos, depois de deduzidos os encargos, não importarem em cem mil reis annuaes, e d'ahi para cima nesta Minha Corte, e Provincia da Extremadura, sejão reputados, e julgados por bens livres, e desembaraçados, não obstante as Vocações ou clausulas das Instituições; pelas quaes os referidos bens se acharem vinculados, e assim abusivamente tirados do commercio humano contra a utilidade publica (2).

§ 27.—Muitas vezes tem chegado á minha Real Presença vivas, e repetidas queixas das grandes deteriorações, e subsequentes ruinas, que se tem seguido ás casas dos Meus Reinos de segundos, e terceiros casamentos feitos por homens, que depois de terem estabelecido as suas Casas com huma numerosa successão, casão segunda, e terceira vez sem necessidade, prejudicando gravemente, e até abandonando os Filhos do primeiro Matrimonio, para interessarem os do segundo por importunas instancias das Madrastas. E afim de que cessem estas desordens tão prejudiciaes ao augmento das Familias, que contém utilidade publica:

Estabeleço que todo o Pai de Familias, que casar segunda vez, tendo Filhos do primeiro Matrimonio, seja obrigado a fazer Inventario dos bens móveis, semoventes, de raiz, e acções, que tiver ao tempo do dito segundo Matrimonio, e assegurar com caução de indemnidade as legitimas, que nos taes bens tocarem ao Filho, ou Filhos do dito primeiro Matrimonio; de sorte que não possa distrahir-se, e menos alhear-se por qualquer titulo que seja: prohibindo, como prohibo, a communicação dos referidos bens pelas segundas Nupcias: E tudo o referido debaixo das penas de sequestro, e nullidade dos Contractos, que se fizerem para as alheações das sobreditas legitimas, as quaes gozarão do privilegio dos bens dotaes, desde a primeira hora do fallecimento das primeiras Mulheres.

Havendo nestes casaes Prazos, que sejão vitalicios, ficarão pelos factos dos segundos casamentos *ipso jure* nomeados nos Filhos primogenitos; retrotrahindo-se esta legal nomeação ao tempo do fallecimento das defunctas suas Mãis não obstante quaesquer nomeações, que depois delle se hajão feito, não havendo estas sido a favor de algum dos Filhos do primeiro Matrimonio. O mesmo ordeno, que se observe nos Morgados de livre nomeação, sendo regulados pelo referido direito dos Prazos vitalicios.

§ 28.—Permitto com tudo, que os outros bens adquiridos depois dos segundos, e terceiros Matrimonios, se possão communicar entre os Conjuges, e computar para as legitimas dos Filhos, com tanto que as Terças fiquem sempre pertencendo áquelles Filhos do primeiro Matrimonio, que aos Pais communs parecer nomear

§ 29.—Ainda tem sido mais prejudiciaes as desordens causadas pelas Mulheres, que ficando viuvas com Filhos, ou com Netos, se deixão alliciar para passarem a segundas Nupcias pelos vadios, e cubiçosos, que não buscão o estado do Matrimonio para os santos fins, que a Igreja ensina, mas sim e tão sómente para se arrogarem a administração, uzurpação, e delapidação dos bens das ditas Viuvas, e dos Orfãos seus filhos, ou seus Netos.

Obviando tambem aos quotidianos cla-

(1) Vide Ass. de 29 de Março de 1770, e de 5 de Dezembro do mesmo anno, explicando-o.

(2) Vide notas supra aos § 18 e 19, em cujo caso se acha tambem este §.

mores dos opprimidos com semelhantes casamentos:

Estabeleço *primeiramente*, que todas as Mulheres que tendo Filhos, ou Netos, passarem a segundas, ou terceiras Nupcias em idade de terem ainda successão, sejão desapossadas dos bens das legitimas Paternas, e Maternas desses Filhos, ou Netos, e de quaesquer outros a a elles pertencentes, nomeando-se para elles pela Meza do Desembargo do Paço hum Administrador chão e abonado, no caso de serem menores; e sendo maiores, se lhes entregue desde logo tudo o que lhes pertenceria, se mortas fossem as referidas Mãis:

Estabeleço em *segundo lugar*, que com as referidas Mãis se pratique inviolavelmente a Ordenação, que lhes prohibe as Tutorias, defendendo como defendo, que para esse effeito se passem Provisões, que não sejão determinadas, por Ordem Minha especial em alguns casos de taes, e de tão particulares circumstancias, que me possão mover a moderar nelles esta Minha geral disposição:

Estabeleço em *terceiro lugar*, que ficando ás ditas Viuvas salvo o uso, e fructo das suas Terças para seus alimentos possão ter para dellas dispôr por morte a mesma liberdade, que acima deixo aos Maridos segunda vez casados:

Estabeleço em *quarto* e *ultimo lugar* a respeito daquelles, que entre as ditas Mulheres casarem, depois de haverem cumprido os cincoenta annos, nos quaes cessa a faculdade, que não possa haver communicação de bens a favor dos Esposos, que as buscão pela cubiça delles, mas antes pelo contrario sejão os bens que ellas possuirem inventariados ao tempo dos Matrimonios, e lhes seja prohibida debaixo da pena de nullidade toda a alheação delles; e toda a contracção de dividas, para as fazerem executar por ellas, como ordinariamente costuma succeder, reservando-se-lhes o uso, e fructo em sua vida, salva a substancia dos mesmos bens a favor dos Herdeiros legitimos agnados, ou cognados, e a liberdade de poderem testar das Terças nos termos habeis, que por esta Lei tenho determinado, declarando assim a Ordenação, que dispõe sobre esta materia, e mandando que se não possa entender de outro algum modo.

Lei de 17 de Agosto de 1761, que abolio as legitimas, e dotes das Filhas das Casas principaes destes Reinos, occorrendo á decente sustentação e estado das mesmas Filhas em commum beneficio da Nobreza.

A determinação dos paragrafos primeiro, segundo, terceiro, e setimo desta Lei fica suspensa (1).

(1) Vide supra os mesmos §§ á pag. 1032 e 1033 desta obra.

Declaração do paragrapho setimo acima escrito da Lei de 17 de Agosto de 1761.

E declarando o paragrafo setimo da mesma Lei, que nem regulou o valor nas Joias Esponsalicias, nem ordenou a observancia, ou derogação do Capitulo decimo sexto da *Pragmatica* de vinte e quatro de Maio de mil setecentos quarenta e nove, não sendo conveniente o deixar nesta materia huma ampla licença á vaidade, e ao luxo: Determino, que nem os Noivos, nem seus Pais possão dar cousa alguma, por qualquer motivo, ou occasião que seja, ás suas Esposas, ou de seus Filhos, que não seja nos dias da primeira visita, e das Escrituras; e que as Joias, que em taes occasiões se derem, nunca possão exceder o valor de oito mil cruzados: Ficando porém ao arbitrio dos Noivos, ou de seus Pais escolher a qualidade, e numero das referidas Joias; com tanto que todos não excedão o sobredito valor dos oito mil cruzados: E com esta declaração ficará tudo o mais, que se contém no referido Paragrafo, em seu vigor; e ficarão os transgressores delle sugeitos á disposição geral do mesmo Capitulo decimo sexto da *Pragmatica*.

Lei do mesmo dia 17 de Agosto de 1761, que declarou e ampliou as Leis, e Pragmaticas antecedentes, abolindo as superfluas, e dispendiosas ostentações dos casamentos publicos, etc.

A determinação do paragrapho segundo desta Lei fica suspensa, e he do theor seguinte (1).

Lei de 9 de Julho de 1773, e Alvará de 14 de Outubro do mesmo anno de 1773.

Toda a determinação destas duas Leis fica suspensa á excepção dos paragraphos onze, e doze da referida Lei de 9 de Julho de 1773 com a declaração ordenada no Decreto, e são os paragraphos seguintes.

§ 11.—*Item*: Mando que todas as arvores de fructo, ou silvestres, que estiverem dentro em propriedades alheias causando os prejuizos, e embaraços, que a todos são notorios, sejão avaliadas, e pagas aos possuidores dellas, de qualquer estado, ou condição que sejão, pelo justo preço, que fôr arbitrado pelo officio dos Juizes das respectivas Terras.

§ 12.—*Item*: Mando, que todos os caminhos, e atravessadouros particulares feitos pelas propriedades tambem particulares, que se não dirigem a Fontes, ou Pontes com manifesta utilidade publica, ou fazendas, que não possão ter outra alguma serventia, sejão vedados e abolidos

(1) Vide supra o mesmo § á pag. 1034.

por officios dos Juizes, posto que de taes servidões se alleguem as posses immemoriaes, que são repugnantes a liberdade natural, quando não conste que para ellas precederão titulos legitimos, que, conforme o Direito, excluão a *Acção Negatoria*.

Declaração, que fica subsistindo em lugar dos paragraphos suspensos desta Lei.

Com declaração porem, que á respeito das Fazendas, que já estivessem encravadas ao tempo da promulgação das mesmas Leis, se poderá ainda requerer a adjudicação pela Meza do Dezembargo do Paço, quando o predio encravado exceda ao valor de duzentos mil reis, ou esse predio encravado não tiver igual, ou maior valor do que aquelles, em que se achar encravado : E se porem houver caso, em que haja algum de maior valor, que ainda assim a respeito da propriedade, em que está mettido, se possa considerar de menos importancia nos termos da Lei.

A sobredita Meza do Desembargo do Paço me poderá consultar a união delle ; e o mesmo se praticará a respeito dos predios contiguos, no caso especial sómente de serem necessarios para se incluirem em algum grande edificio, ou propriedade murada, e isto com os unicos fins de evitar grande deformidade, ou grande defeito no delineamento dos referidos edificios, e Fazendas.

E pelo o que toca as avaliaçoes, que para estes, e outros semelhantes effeitos houverem de fazer daqui em diante, se regulem os vinte annos preteritos pelo rendimento que tiverem ao tempo da avaliação as fazendas, que se avalião sem attenção ao dos annos antecedentes, em que podião valer menos.

Declaração sobre as Leis de 21 de Maio de 1751, e de 20 de Junho de 1774, e he a seguinte.

E hei outrosim por bem, que as Leis de 21 de Maio de 1751, e de 20 de Junho de 1774, emquanto mandão, que todos os moveis penhorados se levem ao deposito publico, só se entenda, e observem em quanto ás peças de ouro, prata, e outros metaes de valor, e as pedras preciosas : E que o resto dos moveis possa ficar em depositos particulares á convenção das partes, e arbitrio dos Juizes : Declarando para este effeito o determinado nas mesmas Leis.

Leis de 8 de Fevereiro de 1775, e de 5 de Setembro de 1774.

Sobre a nova fórma ao modo de se tirarem as residencias aos Bachareis, que servem os lugares de letras destes Reinos, e suas Conquistas; e a outra, que tirou a jurisdicção de servirem os Vereadores em lugar dos Juizes de Fóra impedidos, fica suspensa toda a determinação e observancia das referidas Leis, de 8 de Fevereiro de 1775, e de 5 de Setembro de 1774 — Palacio de Queluz, em 17 de Julho de 1778.

ALVARÁ DE 9 DE NOVEMBRO DE 1754.

Determina que por morte do fallecido a posse de seus bens passe logo, a quem pertencer (1).

Eu El-Rey faço saber aos que este Alvará com força de Lei virem, que querendo evitar os inconvenientes, que resultão de se tomarem posses dos bens das pessoas que fallecem, por outras ordinariamente estranhas, e a que não pertence a propriedade delles : Sou servido ordenar, que a posse Civil, que os defunctos em sua vida houverem tido passe logo nos bens livres aos herdeiros escritos, ou legitimos ; nos vinculados ao filho mais velho, ou neto, filho do primogenito, e faltando este, ao irmão ou sobrinho ; e sendo Morgado, ou Prazo de nomeação, á pessoa que fòr nomeada pelo defuncto, ou pela Lei.

A dita posse Civil terá todos os effeitos de posse natural, sem que seja necessario, que esta se tome; e havendo quem pretenda ter acção aos sobreditos bens, a poderá deduzir sobre a propriedade sómente, e pelos meios competentes; e para este effeito revogo qualquer Lei, Ordem, Regimento ou disposição de direito em contrario.

Pelo que, mando, etc.

Dado em Lisboa aos 9 de Novembro de 1754.—*Com a assignatura de El-Rey, e a do Marquez Mordomo Mór*, Presidente.

LEI DE 25 DE JANEIRO DE 1775.

Regúla a insinuação das doações, derogando a Ord. do liv. 4 t. 62 (2).

D. José por graça de Deos, etc.

Faço saber aos que esta Carta de Lei virem : Que em consulta da Meza do Desembargo do Paço me foi presente : Que tendo á *insinuação* das Doações por origem a Constituição do Imperador Constantino, o qual para occorrer ás fraudes, e suggestões, com que já então tinhão causado escandalo as dolosas maquinações, com que se estor-

(1) Vide Ord. deste liv. t. 58 § 4 e nota(3) á pag. 853, e assim como Almeida e Sousa—*Acç Sum.* to. 1 pag 349 e 418, *Interdictos* pag. 41, 42, 44, 58, 62, 63 e 218, *Dir. Emphy.* to. 1 pag 304, *Seg. Lin.* to 1 pag. 591, *Notas á Mello* to. 2 pag. 404, to. 3 pag. 86 e 294, to. 4 pag 320, *Fascic.* to. 2 pag. 281, 359, 363 e 383, *Obrig.* pag. 346.

(2) Vide Ord. deste liv. t. 62 rub., e nota (3) á pag. 860.

quião; sujeitou geralmente todas as doações de qualquer qualidade, quantia, e natureza que fossem, à necessidade da Instituição: Que moderando depois o Imperador Theodosio a sobredita Constituição; ordenára dependessem sómente de *Insinuação* todas aquellas Doações, que excedessem a quantia de duzentos *aureos*; sem que da dita regra eximisse doação alguma.

Que ultimamente o Imperador Justiniano ampliando a quantia Theodosiana, determinára se insinuassem sómente as doações, que excedessem a de quinhentos *soldos*; estabelecendo algumas excepções, como forão as doações Régias; as que se fizessem para a redempção de Captivos; e para se refazerem as casas incendiadas; as dos bens moveis; as feitas por causa de dote, e as que dos despojos da guerra se fazião aos soldados.

Que depois que forão estabelecidas as Monarquias fundadas sobre as ruinas do Imperio de Roma; cada hum dos Principes pela boa razão, em que se acharão fundadas as sobreditas Leis, ordenarão no espirito dellas as suas respectivas Legislações; huns adoptando a Constituição de Constantino em toda a sua força; outros a de Theodosio; e outros finalmente a de Justiniano; tirando cada hum das excepções, que este fez, aquella, ou aquellas, que lhe pareceu approvar.

Que nestes meus Reinos foi adoptada na Legislação delles a Constituição de Theodosio, sem outra excepção, que as Doações Regias tirada de Justiniano, pela sábia Ordenação do senhor Rey D. Manoel do livro quarto, titulo cincoenta e quatro, que só teve por objecto a utilidade commum, e o socego publico dos Vassallos.

Que corrompendo-se porém depois o espirito da Legislação, para se sacrificar o bem commum dos povos aos interesses particulares dos nocivos maquinadores da intempestiva, e superflua Compilação publicada no anno de mil seiscentos e trez; e fazendo-se hum dos principaes assumptos della as *Insinuações*, que tinhão contado o caminho para a usurpação dos cabedaes, e fazendas alheias; vendo aquelles astutos, e infieis Compiladores, que se copiassem toda a sobredita Ordenação do senhor Rey D. Manoel; a unica excepção, que fizera das *Doações Régias*, firmava a regra em contrario, para se entenderem comprehendidas nella todas as mais Doações, de qualquer qualidade e natureza que fossem, contra os mutuos, e particulares interessss delles Compiladores; omittirão cavilosamente a referida excepção na outra nova Ordenação do livro quarto, titulo sessenta e dous, para correrem livremente em utilidade sua as Doações chamadas *Pias*, e *Remuneratorias*, que tinhão procurado sustentar, e forão successivamente sustentando pela extrinseca authoridade dos Doutores; que as escreverão, distinguindo-se entre elles os que se alistarão debaixo das bandeiras da extincta *Companhia* chamada *de Jesus*; sem terem reflectido, em que nem podia soffrer excepções huma Ordenação, que explicando-se pelas palavras; *Todas as Doações*, nenhuma excluira, nem menos em que fôra deduzida da Constituição de Theodosio, que não fizera limitação alguma; nem tão pouco em que as mesmas Doações *Pias* forão expressamente comprehendidas por Justiniano na Regra das que devião insinuar-se; e que das *Remuneratorias*, nem elle, nem os Imperadores, que lhe precederão, fizerão excepção.

Que esta finalmente tinha sido a Jurisprudencia, com que se tinhão extorquido cabedaes immensos, e arruinado familias inteiras; e este he hum dos muitos estragos, que causara nestes Reinos o imperio da Opinião, ainda dominante em alguns espiritos alienados com preoccupações; sem que tenhão sido bastantes para debella-lo nem a minha Lei de dezoito de Agosto de mil setecentos sessenta e nove, nem as outras muitas, que tenho mandado publicar, dirigidas todas aos fins de arrancar os abusos pelas raizes, e fazer sómente dominantes a Lei, e a razão.

Concluindo sobre todo o referido a dita Meza: Que porquanto se tinha conhecido a infidelidade, com que fôra compilada aquella sabia, e illuminada Ordenação; e mostrado a experiencia as extorsões, que causára huma tão dolosa maquinação, se fazia necessario, que eu occoresse com huma providencia tão efficaz, que ao mesmo tempo que restitua à Ordenação do livro quarto, titulo sessenta e dous aquella unica excepção nella maliciosamente omittida, annulle, e proscreva as outras, que dolosa e abusivamente se escrevêrão sem Lei, ou razão, que as sustentem.

E conformando-me com o parecer da dita Consulta: Sou servido ordenar aos ditos respeitos o seguinte:

Ordeno: Que da publicação desta em diante se haja por compilada na Ordenação do livro quarto, titulo sessenta e dous a unica excepção dás *Doações Régias*, que sómente fôrão reservadas na sábia, e sã Ordenação do senhor Rey D. Manoel, do livro quarto, titulo cincoenta e quatro; como se esta naquella fosse incorporada em toda a sua extensão.

Item: Ordeno: que todas, e quaesquer doações de qualquer qualidade, e natureza que sejão, que excedendo as quantias, que na dita Ordenação se declarão, não forem insinuadas dentro de quatro mezes, sendo feitas nestes Reinos; e de hum anno nas Ilhas, e dominios da America; e de anno e meio nos de Africa, e Asia, contados do dia das datas

dellas, sejão nullas, e de nenhum effeito, quanto ao excesso ; bastando o lapso do dito termo, sem outra interpolação, para por taes se julgarem : proscritas, e abolidas do Fôro todas as outras excepções, que de facto accumularão os Casuistas, e Escriptores Forenses.

Item : Ordeno: que se não insinuem as doações *Remuneratorias* feitas á pessoas estranhas das familias dos doadores, sem que primeiro legalmente se prove a verdade dos serviços, que as movem.; e sem previo conhecimento da equipollencia, que elles tem aos bens doados.

Item : Ordeno, que os Magistrados, que julgarem contra a literal disposição desta Lei, e os Advogados, que contra ella allegarem, fiquem pelos mesmos factos suspensos dos seus cargos, e Officios, e incursos, alem disso, na pena do valor dos bens, ou quantias doados, ametade a favor de quem os denunciar, e a outra metade para os Hospitaes publicos das cidades, e villas mais visinhas.

E esta se cumprirá tão inteiramente, como nella se contem, sem duvida, ou embargo algum, qualquer que elle seja (1).

Para o que, mando, etc.

Dado na cidade de Lisboa aos 25 do mez de Janeiro, de 1775. — *Com a assignatura de El-Rey, com guarda.*

ALVARÁ DE 17 DE JANEIRO DE 1757.

Prohibe dar-se dinheiro á juro, senão a cinco por cento annualmente (2).

Eu El-Rey faço saber aos que este Alvarà com força de Lei virem, que sendo-me presentes as excessivas usuras, que algumas pessoas costumão levar do dinheiro, que emprestão á juro, e á risco para fóra do Reino, com os affectados pretextos de *lucro cessante*, *damno emergente*, *cambio maritimo*, e outros semelhantes, de que resulta grave prejuizo ao commercio interior, e externo dos meus fieis Vassalos, e ao bem commum dos meus Reinos, que tanto procuro proteger ; sem que as repetidas Leis incorporadas nas Ordenações do Reino, e Extravagantes, que até agora se publicarão sobre esta materia, fossem bastantes para extirpar tão illicitas, e perniciosas negociações : e querendo occorrer aos gravissimos damnos, que dellas resultão ; com o parecer de muitos Ministros do meu Conselho, e de outras pessoas doutas, e zelosas do serviço de Deos, e meu, que houve por bem consultar sobre esta materia, mandando-a examinar com o mais serio, e exacto cuidado.

Sou servido ordenar, que nestes Reinos, e seus dominios, se não possa dar dinheiro algum a juro, ou a risco, para a terra, ou para fóra della, *que exceda o de cinco por cento cada anno*; prohibindo igualmente o o abuso praticado por alguns homens de negocio, de darem e tomarem dinheiro de emprestimo com o interesse de um por cento cada mez.

O que tudo prohibo, não só debaixo das penas estabelecidas pela Ordenação do livro quarto titulo sessenta e sete, contra os Usurarios ; mas tambem, de que os Tabelliães, que fizerem escripturas, em que se estipule interesse maior, que o referido, de cinco por cento, incorrerão no perdimento de seus Officios, sendo proprietarios ; ou na estimação, e valor delles, sendo Serventuarios, e serão degradados por seis annos para o Reino de Angola. No mesmo degredo incorrerão tambem cumulativamente as pessoas, que derem dinheiro contra o estabelecido nesta Lei, ou seja por escriptura publica, ou por escripto particular, ou ainda por convenção verbal.

E de todos os sobrebitos Tabelliães, e pessoas, que transgredirem esta prohibição, se poderá, denunciar em publico, ou em segredo ; nesta Corte, o Desembargador Juiz Conservador Geral da Junta do Commercio; e fóra della, perante qualquer Juiz criminal dos meus Reinos, e senhorios, com aggravo, ou appellação, para os Juizes dos feitos da Fazenda. Aos denunciantes publicos ou particulares, pertencerá ametade das penas civeis ; applicando-se a outra ametade para as despezas da Relação, onde as causas forem sentenciadas em ultima instancia.

E para que esta Lei se não fraude debaixo dos maliciosos pretextos, que se costumão maquinar contra semelhantes prohibições : Estabeleço, que pessoa alguma, que emprestar dinheiro a juro, a risco; ou a qualquer outro interesse, para commercio maritimo, não possa empresta-lo por menos tempo de hum anno, contado continua, e successivamente do dia da obrigação. Della não poderá resultar acção para o mesmo dinheiro emprestado ser pedido antes de se achar completo o referido anno, nem menos se poderá fazer pagamento algum, que seja válido, ainda no caso de ser feito depois de haver findado o anno do emprestimo, se houver celebrado ; nem entre as pessoas, que derem, e tomarem dinheiro a juro, para se applicar ao mesmo commercio maritimo, se poderá fazer contracto de seguro para dentro do Reino, ou para fóra delle : tudo debaixo das mesmas penas, que deixo ordenadas : Nas quaes incorrerão em cada hum

(1) Vejão-se os Assentos de 24 de Maio de 1785, e 21 de Julho de 1797. Pela Resolução de 10 de Outubro de 1805 em consulta da Meza do Desembargo do Paço, aonde se acha registrada, se declarou que huma Doação *causa mortis* não precisa insinuação.

(2) Vide Ord. deste liv. t. 67 § 5, nota (5) á pag. 875 e 876.

dos sobreditos casos só não as partes contractantes, mas tambem cumulativamente, *in solidum* todos e cada hum dos Procuradores, e Commissarios, que cobrarem, recebrem, indossarem, ou por qualquer modo intervierem nas referidas fraudes.

Porem as sobreditas prohibições não haverão por ora lugar no commercio, que se faz destes Reinos para a India Oriental: e se não poderão executar as penas estabelecidas para a sua observancia, em quanto não voltarem para este Reino as primeiras Frotas, e Esquadras, que delle partirem para os portos do Brazil.

E para que tudo se observe, e execute na maneira acima declarada : Hei por bem derogar de meu môtu proprio, certa sciencia, poder real pleno, e supremo, todas as Leis, disposições de Direito commum, e opiniões de Doutores em contrario ; aliás sempre em seu vigor.

Pelo que mando, etc.

Dado em Belem aos 17 do mez de Janeiro de 1757.—*Com a assignatura de El-Rey, e a do Ministro.*

ALVARÁ DE 10 DE MARÇO DE 1682.

Regula a liberdade e captiveiro dos Negros apprehendidos na rebellião dos Palmares, na Capitania de Pernambuco; e a prescripção da escravidão (1).

Eu o Principe Regente e Governador dos Reynos de Portugal e Algarves.

Faço saber aos que este meu Alvarà virem, que pedindo a conveniencia publica do socego e quietação dos meus vassallos do *Estado do Brazil* prompto remedio sobre os Negros fugidos para o Sertão: Fui servido resolver que com gente armada fossem dominados; e porque succedendo maior a sua resistencia na Capitania de Pernambuco, se travou em demanda delles tão crua peleja, que durando ha muitos annos, ainda hoje não estão reduzidos todos. E sendo perdoados pelo meu Governador os que em consideração distincta tinhão feito hum chamado Rey: teve elle tão justa occasião para entender, que alguns se havião rebellado, que com parecer de pessoas doutas os condemnou á servidão perpetua: Desejando Eu extinguir aquelles primeiros damnos que pertencem ao socego publico, e atalhar os que, pertencendo á particulares, se podem seguir da execução deste captiveiro, em prejuizo da liberdade, mandando considerar esta materia com todas as attenções que ella inculca.

Houve por bem fazer o presente, pelo qual ordeno, e encommendo muito ao dito meu Governador que ponha todo o cuidado em que se continue a reducção dos ditos Negros fugidos pelo meio das armas, persistindo sempre os soldados na campanha, e convidando os moradores, com a razão dos seus interesses, que dêm toda ajuda que poderem para se acabar de todo esta tão grande causa de sua perturbação, praticando a todos, ser meio conveniente desistirem do direito que podem ter ao dominio dos ditos Negros, para ficarem os captivos sendo presas daquelles que os merecerem na guerra; e achando nesta parte alguma repugnancia, para executar sem alteração a fórma recebida de darem os Senhores doze mil réis por cada hum dos escravos que forem reduzidos, por não ser admissivel que a Fazenda Real, que tem tantas applicações necessarias, haja de supprir com damno della todos os gastos desta empreza; e tanto a liberdade, como o captiveiro dos taes Negros se regulará da maneira seguinte :

Todos os Negros ou mulatos, que antes de irem por qualquer causa para os *Palmares* erão livres, o serão igualmente depois de tornados, por força ou por vontade à minha obediencia; e bem assim o serão todos os que descenderem de moradores livres; pela mesma razão serão captivos todos aquelles que o erão antes de irem para os ditos *Palmares*, como tambem os filhos e descendentes de mulheres captivas, *seguindo o parto a condição do ventre.*

Sendo caso que alguns dos que por beneficio desta Lei devem ser livres estejão captivos: nos termos do facto notorio serão repostos, por officio de Juiz, em sua liberdade ; e quando o facto não seja notorio, e elles pretendão demandar os Senhores, poderão em todo o tempo usar de seu direito perante o Juiz competente, que obrigará os taes Senhores lhes dêm *livres* os dias necessarios para se aconselharem e requererem suas Justiças, nomeando-lhes Advogado que os defenda, o qual será pago á custa da Minha Fazenda, quando constar ao dito Juiz que elles carecem de meios com que o possão satisfazer ; e em hum e outro caso será o conhecimento da causa *summario*, pelos damnos que do contrario resultarião, tanto aos Senhores como aos escravos, da demora das causas ordinarias.

A prova destes casos, arbitraria dos Julgadores que procurão conformar-se com as minhas Ordenações, e na falta dellas com as opiniões mais communs dos Doutores, não excedendo, nem deixando de guardar as que justamente se introduzirão em favor da liberdade, e dando sentença contra os escravos, appellarão sempre *ex-officio ;* dando-a, porém, contra os Senhores, a receberão se as partes a pedirem.

Estando de facto livre o que por Direito deve ser escravo, poderá ser demandado pelo Senhor por tempo de *cinco annos*

(1) Vide Ord. deste liv. t. 79 rub., e nota (5) á pag. 896, e tit. 11 § 4 nota (1) á pag. 790.

sómente (1), contados do dia em que foi tornado á minha obediencia; no fim do qual tempo se entenderá prescripta a dita acção, por não ser conveniente ao Governo politico do dito meu *Estado do Brazil* que por mais do dito tempo seja incerta a liberdade nos que possuem, não devendo o descuido ou negligencia, fóra delle, aproveitar aos Senhores.

Os que tiverem sido réos de alguns crimes antes da fuga, sendo restituidos por vontade, se não tiverem parte que os accusem, serão perdoados pela Justiça; não assim se forem restituidos por força, por que estes serão castigados pelo merecimento de suas culpas, attendendo que as aggravarão muito mais pela dita fuga.

Tanto os que fôrem captivos, como os que se mostrarem livres, não poderão ficar no *Estado do Brazil*; do mesmo modo os filhos, que excedem a idade de sete annos, porque nos maiores he para temer a mesma repetição da fuga, e com esta os damnos que se experimentão, e nos menores he juridico o temor da imitação dos pais, herdada por sangue e derivada por natureza. Pelo que *os livres* serão notificados para que saião dentro de certo tempo do dito *Estado*, com pena de açoutes e galés, e os senhores dos *captivos* serão igualmente notificados, com comminação de os perderem para a minha Fazenda, se passado o tempo fôrem achados por culpa sua no dito *Estado*.

Quanto aos Negros e Mulatos, suas mulheres, filhos, e descendentes, que pelo indulto do dito meu Governador da Capitania de Pernambuco vierão buscar a minha obediencia, e depois de estarem nella, não delinquirão rebeldes, se guardará inviolavelmente a disposição do mesmo Indulto, e se dará inteiro cumprimento a todas e quaesquer promessas que em meu nome lhes forem outorgadas; por que, pedindo a fé publica esta observancia, sera este o meio de se reduzirem outros á sua imitação.

Sendo, porém, comprehendidos alguns no crime de traição por qualquer dos modos em que por Direito nelle se incorre; perderão o mesmo Indulto, como se para elles não fosse em algum tempo concedido; por que a condição inherente e resolutiva do mesmo Indulto os faz pelo novo crime tornar ao antigo estado, ficando réos de maior culpa pela que lhes recresceu, e commetterão depois de perdoados.

Seguindo esta razão de Direito, se executará nestes réos o castigo que merecerem por hum e outro crime com tal declaração, que não se provando contra elles o que basta para a condemnação maior, provando-se comtudo por presumpções legitimas que não tiverão a fidelidade que devião guardar, não consentirá o dito meu Governador que elles fiquem em qualquer das partes do *Estado do Brazil*, na forma acima declarada; por que, além de se poder temer reincidencia na culpa de fugitivos, não he conveniente consenti-los no dito *Estado*, huma vez indiciados de traidores.

Ficarão sujeitos a esta mesma disposição os Negros a titulo de *quinto*(1), remettendo o dito meu Governador ao meu Conselho Ultramarino; emquanto, porem, se não averiguar a innocencia ou culpa de todos, que forão presos e captivos, estarão nesta Corte, como em deposito judicial, ganhando de comer para seu sustento no serviço da Republica; por que deste modo não são castigados antes da prova do crime, se estiverem innocentes, nem de todo livres para se faltar ao castigo, se contra elles se provar que o merecêrão.

Fugindo alguns destes Negros, e sendo achados, serão lançados na galé, até se concluir de todo a dita averiguação; por que a fuga sempre he indicio da culpa pela qual forão remettidos, e não convém que fiquem na mesma occasião de poderem, conseguindo o delicto, frustrar o effeito da pena.

Nomeio para fazer esta averiguação ao Doutor Francisco da Silveira Souto-Maior, Desembargador da Bahia, e sendo impedido em falta delle ao Doutor Antonio Rodrigues Banha, Desembargador da mesma Relação, ao qual se lhe assigna de salario dous mil e quinhentos reis por dia, descontando-se-lhe nos ordenados que levar do seu lugar, e despezas por conta da minha Fazenda da Capitania de Pernambuco, por ser esta diligencia em utilidade publica, pelo que resulta ao commum de meus Vassallos da mesma Capitania na observancia do direito, e bem das liberdades.

Tirará o dito Desembargador devassa do crime de traição, que o dito meu Governador avisou intentárão fazer os ditos Negros dos *Palmares*, depois de reduzidos á minha obediencia, e estarem na povoação, que se lhes assignou para viverem, avocando a si todos os papeis e autos que houver sobre a materia, dos quaes juntará á devassa os que lhe parecer que a ella convém, examinando a verdade com tal cuidado, que possão os delinquentes ser castigados, sem o temor de perigar a innocencia.

Pronunciada a devassa, proporá em Junta com o dito meu Governador e Ouvidor Geral da mesma Capitania, e separando aquelles réos, que entender estão em pena ordinaria, os remetterá com toda a segurança á cidade da Bahia, e aos mais que não estiverem na dita pena, fará os autos summarios e os sentenciará na dita Junta a final com os ditos meu Governador e Ouvidor Geral, escrevendo as sentenças que se vencerem por mais votos, as quaes poderão embargar os

---

(1) Segundo o Direito Romano esta prescripção era de 10 á 20 annos (Ord. deste livro t. 79 pr. nota 1).

(1) *A titulo de quinto.*

Do texto deste Alvará não se pode colher a significação da medida á que se allude.

Sabemos que o *quinto* era um imposto da mineração.

réos por seus Procuradores letrados uma só vez, sem usarem do beneficio de restituição de presos, que neste caso lhes não valerá, e o que ultimamente fôr vencido, fará o dito meu Desembargador dar a execução sem appellação nem aggravo.

Feita esta diligencia, se recolherá á dita cidade da Bahia, e em Relação, com os Adjuntos que lhe nomear o Governador, fará os autos summarios aos ditos réos, que tiver remettido na fórma da Lei e regimento da mesma Relação, e sendo finalmente sentenciados se mandará fazer nelles a execução pelas penas declaradas e impostas nas sentenças; e serão levadas as cabeças dos dous principaes conspiradores, que fórem condemnados à morte ao lugar do delicto, onde serão levantadas em postes altos e publicos, que possão ser de todos vistas, e se não poderão tirar até que o tempo as consuma, para que sirva este exemplo, não sómente de satisfação á culpa, mas de horror aos mais, que se não atrevão commetter outros semelhantes.

Tanto em Pernambuco, como na Bahia serão pagos os ditos Procuradores letrados á custa da minha Fazenda, como dito he nas causas civeis; e succedendo não resultar culpa da dita devassa, o fará o dito Desembargador presente ao dito meu Governador, e Ouvidor Geral da Capitania de Pernambuco, e sem alguma dilação, mandará pôr editaes publicos em toda a Capitania, e deprecará os mesmos editaes para as mais partes do *Estado do Brazil*, declarando nelles, que os ditos Negros são livres; e comminando graves penas a todos, que dahi em diante estiverem em captiveiro, as quaes penas farão todos os meus Governadores, e Ouvidores, e mais Justiças do *Estado do Brazil*; advertindo que do contrario me darei por mal servido, e se lhes dará em culpa de suas residencias.

Tirada, e pronunciada a dita devassa, enviará logo pelas primeiras embarcações, e por differentes vias e traslados authenticos ao meu Conselho Ultramarino, para a vista della se deferir aos Negros o *quinto*, que nesta Corte estão depositados na fórma deste meu Alvará, e regimento, o qual se registrará nas casas das Camaras do mesmo *Estado*, e igualmente na casa da Relação para a todo o tempo constar, que o houve assim por bem, e mando se cumpra e guarde muito inteiramente como nelle se contém, sem embargo de quaesquer Ordenações, Leis, ordens e costumes que em contrario haja; e valerá como Carta, posto que seu effeito haja de durar mais de hum anno, e não passará pela Chancellaria sem embargo da Ordenação do liv. 2 titulos 39 e 40 em contrario, e se passou por duas vias.

Manoel Felippe da Silva a fez em Lisboa a dez de Março de mil seiscentos oitenta e dous.—O Secretario André Lopes de Lavre o fez escrever.— PRINCIPE — *Conde de Val dos Reys.*

ASSENTO DE 23 DE JULHO DE 1811.

Testamentos são validamente approvados pelo mesmo Tabellião, que os escreveu; porque a Lei (Ord. liv. 4 t. 80 § 1) não lhe prohibe o uso simultaneo destes actos (1).

Aos 23 de Julho de 1811, em Mesa grande, estando presente o Sr. João Antonio Salter de Mendonça, do Conselho do Principe Regente Nosso Senhor, Secretario do Governo destes Reinos, Desembargador do Paço, e Procurador da Corôa, que serve de Regedor, por elle foi proposto, que havendo variedade de julgar sobre os Testamentos feitos na fórma da Ord. liv. 4 t. 80 § 1, os quaes, sendo escriptos por algum Tabellião, se duvidava, se este podia ser o mesmo, que depois os approvasse, escrevendo o acto legal da sua approvação, ou se ficavão nullos, por ser a mesma pessoa praticando dous actos, hum como pessoa publica, outro como particular:

E por pluralidade de votos foi assentado pelos Ministros abaixo assignados, que não tinhão nullidade alguma, proveniente desta causa, quaesquer Testamentos escriptos na fórma da Lei por qualquer Tabellião, e depois approvados pelo mesmo; porque, não havendo Ordenação que o prohiba, o que a Lei não distingue, nós não devemos distinguir, irrogando nullidades nos actos, que as não tem.

E para não vir mais em duvida, se tomou este Assento, que assignou o dito Senhor com os Desembargadores, que nelle votárão.

Como Regedor—*Salter*, etc.

ASSENTO DE 17 DE AGOSTO DE 1811.

A nullidade decretada na Ord. liv. 4 t. 80 § 1 *e de outra maneira não será valioso o Testamento*, não se limita á disposição proxima, *e não sabendo, ou não podendo:* comprehende geral e extensamente todas as disposições conteúdas no dito §, que além de deverem concorrer, não podem antepor-se, pospor-se, ou substituir-se por equipollencia (2).

Aos 17 de Agosto de 1811, em Mesa grande, estando presente o Sr. João Antonio Salter de Mendonça, do Conselho do Principe Regente Nosso Senhor, Secretario do Governo destes Reinos, Desembargador do Paço, e Chanceller desta Casa da Supplicação, que serve de Regedor das Justiças, foi proposto e veio em duvida, se o Decreto irritante da Ordenação liv. 4 t. 80 § 1 nas palavras: *e de outra maneira não será valioso o Testamento*, devia limitar-se á disposição mais proxima, *e não sabendo, ou não podendo*, ou devia en-

(1) Vide Ord. deste liv. t. 80 § 1 nota (5) á pag. 901.
(2) Vide Ord. deste liv. t. 80 § 1 nota (2) e (1), á pag. 903.

tender-se tambem de todas as mais disposições conteúdas no sobredito §, ainda no caso, em que, concorrendo todas as solemnidades por elle decretadas, se posponha, ou anteponha alguma das mesmas: e por pluralidade de votos foi assentado, que o dito Decreto irritante comprehendia todas as formulas *substanciaes* do dito § na pena de nullidade (1); porque assim forão decretadas, para evitar as falsidades perigosissimas em taes casos; não devendo, nem podendo antepor-se, nem pospor-se, ou substituir-se por equipollencia as fórmas, pela dita Ordenação prescriptas.

E para se não tornarem a proferir Sentenças contrarias por huma e outra parte, se mandou tomar este Assento, que o dito Senhor assignou com os Desembargadores, que nelle votárão.

Como Regedor—*Salter*, etc.

ASSENTO DE 10 DE JUNHO DE 1817.

Concilia-se a apparente antinomia dos §§ 1 e 2 da Ord. liv. 4 t. 80 sobre—em que lugar se ha de começar o Instrumento de Approvação do Testamento cerrado, quando este acaba, não nas costas e verso da ultima folha escripta, mas em parte desta; e declara-se o Assento de 17 de Agosto de 1811 em quanto ás palavras, que prohibem a anteposição, posposição, ou substituição por equipollencia das fórmas prescriptas na mesma Ordenação (2).

Aos 10 dias do mez de Junho de 1817 annos, em Mesa grande, sendo presente o Sr. João Antonio Salter de Mendonça, do Conselho de Sua Magestade, Desembargador do Paço, Procurador da Real Corôa, Secretario do Governo na Repartição dos Negocios do Reino e Fazenda, e Chanceller, que serve de Regedor da Casa da Supplicação, foi proposto, que para remover as duvidas, que se tem suscitado, com muito prejuizo da validade e firmeza dos Testamentos, inquietação das Familias, e Fé publica dos Tabelliães, sobre a intelligencia dos §§ 1 e 2 da Ord. liv. 4 t. 80, e Assento de 17 de Agosto de 1811, era indispensavel determinar:

Primeiramente: o lugar do Testamento cerrado, em que se ha de começar o Instrumento de sua approvação, quando o Testamento acaba, não nas costas e verso da ultima folha escripta, mas em parte desta; conciliando-se os ditos §§, que parecem antinomicos;

E *em segundo lugar*: como se hão de entender as palavras do dito Assento, que prohibem antepôr, pospôr, ou substituir por equipollencia as fórmas prescriptas na mesma Ordenação.

Assentou-se pelos Desembargadores de Aggravos, e do Conselho de Sua Magestade, para este fim convocados, quanto á *primeira parte*: que o Tabellião, não podendo começar o Instrumento de Approvação dentro do Testamento cerrado e cosido, que não acaba no verso da ultima folha escripta, mas em parte desta, como póde começar, quando acaba nas costas e verso da mesma folha, deve principiar o Instrumento logo e immediatamente no fim do Testamento, cerrando-o e cosendo-o depois de concluido o mesmo Instrumento, na fórma da pratica geral, e sempre observada, que he a melhor Interprete da Lei, e neste caso necessaria para conciliar a disposição do § 2 com a do § 1, á vista da impossibilidade de se escrever dentro de hum Testamento, que se acha cerrado e cosido.

Quanto á *segunda parte* se assentou por huma quasi uniformidade de votos (como aconteceu quanto á primeira parte): que as palavras adoptadas no Assento de 17 de Agosto de 1811, que, declarando a Lei deste t. 80 do liv. 4 da Ord., prohibem antepôr, pospôr, ou substituir por equipollencia as fórmas prescriptas na Ord., nunca devem entender-se de huma observancia supersticiosa da Lei (2); a qual olhando só para a letra, destrua a sua verdadeira intenção; mas sim das formalidades substanciaes do Testamento, as quaes se não podem, nem devem confundir com a anteposição, posposição, ou substituição de palavras, que tenhão a mesma significação, designadas pela palavra equipollencia, ou com a ordem, que parece ser determinada pela expressão do Assento.

Huma vez pois que no acto solemne de se approvar o Testamento se satisfaz aos requisitos da Lei, a saber:

1.º—Com a presença de cinco Testemunhas a todo o acto, com as qualidades declaradas no § 1 do t. 80 referido.

2.º—Com a tradição do Testamento feita pelo Testador ao Tabellião.

3.º—Com a declaração do Testador, de que he o seu Testamento, que ha por firme, valioso, e bom; ou nesta falta de declaração, com a resposta do Testador ao Tabellião, dadas as perguntas declaradas no sobredito § 1.

4.º—Com o Instrumento de Approvação, lavrado na fórma declarada no primeiro quesito.

5.º—Com a assignatura do Testador, ou de alguma Testemunha por elle, na fórma da Lei, isto he, declarando ao pé do signal,

(1) Vide *infra* nota (1) ao Ass. de 10 de Junho de 1817 á pag. 1049.

(2) Vide Ord. deste liv. t. 80 § 1 e notas (2) e (1) á pag. 903, e § 2 notas (3) e (4) á pag. 904.

(1) *Observancia supersticiosa da Lei.* Vide nota a este Ass. *infra*.

que assigna por mandado do Testador, por elle não saber, ou não poder assignar(1).

6.º—Com a assignatura do Tabellião, e das cinco Testemunhas presenciaes a todo

---

(1) *Por elle não saber, ou não poder assignar.*

Estas palavras referem-se á epocha da approvação do testamento, e não á da factura, por quanto referindo-se á esta epocha a Ord. usa da expressão *e não sabendo* sómente, donde parece excluir a hypothese de *não podendo*; mas desde que a Ord. permitte o Testamento sem assignatura, sendo feito pelo punho do Testador, a clausula *e não podendo* ficava dispensada, visto como o que caracterisa principalmente a verdade do Testamento he a declaração do Testador de que o documento que entrega por sua mão *he o seu Testamento.*

Por isso seguimos a opinião de que o Testamento assignado a rogo do Testador por elle *não poder escrever*, era válido se as formalidades da approvação fossem observadas strictamente (Ord. deste liv. t. 80 § 1 nota (4) á pag. 901).

Esta doutrina tambem sustentada na *Consol* art. 1055 § 3 e nota, tem apenas um contradictor em Liz Teixeira—*Dir. Civ.* to. 2 tit. 5 § 8 a pag. 172 *in fine*, onde diz:

« Entre nós se o Testador sabe escrever deve assignar esta especie de Testamento (*o olographo*), assignatura, que se dispensa, se por seu punho escrevêo a disposição; se porem sabe escrever, *mas não pode assignar*, não pode testar deste modo (Ord. cit. do liv. 4 tit. 80 § 1). *E não sabendo* assinar será assignado pela pessoa que lh'o escreveo. »

Convindo notar que fazendo o Assento supra a escolha das formalidades substanciaes dos testamentos não contempla essa que aponta Liz Teixeira. E se o Testamento fôr escripto por Tabellião, e por elle assignado a rogo do Testador, tambem, no caso em questão, não será válido?

A doutrina deste Jurisconsulto (*Liz Teixeira*) acaba de ser adoptada pela Relação da Corte no *accordão* que abaixo publicamos:

« Acórdão em Relação; etc. Que vistos attentamente, examinados e expostos os presentes autos em que se pede a nullidade do testamento cerrado do finado commendador Patricio Ricardo Freire, por destituido das solemnidades substanciaes para sua validade e effeitos legaes, menos bem julgou o Juiz *à quo* na sua sentença de fl. 290, que reformão: por quanto, tendo-se em vista as prescripções de Direito, concernentes à materia, provas, considerações adduzidas de uma e outra parte e opiniões dos Praxistas que commentão a lei, não se póde ter por bom, firme e valioso, como aliás julgou a sentença appellada, o dito testamento cerrado, cujas disposições constão da certidão a fl. 29, quer pela fórma, quer pela pessoa do pretenso Testador.

«Quanto á pessoa, por que, sendo essencial que ao tempo da facção testamentaria o Testador tenha inteireza de juizo para legitimamente testar, manifesta-se dos autos, á toda a evidencia, que no dia 14 de Junho de 1867 a data do testamento, fl. 29 as 9 horas da manhã, como ainda ás 6 da tarde, o commendador Patricio achava-se debaixo de accesso febril pernicioso, com perturbação do cerebro, como jurarão as testemunhas de fl. 118, 120, 123, 126, 129, 132 e 138, e notavelmente o Dr Manoel Antonio de Magalhães Calvet, medico assistente, informou á fl. 15, jurando á fl. 06, como tambem jurou á fl. 161 v. o medico conferente que, ás 6 horas da tarde, vindo a conferencia, encontrou o doente Patricio em accesso febril, com sub-delirios, occasião em que não tinha perfeita integridade de suas faculdades intellectuaes, sem jamais affirmar, e muito menos o Assistente, o inculcado estado de apyrexia das 10 ás 3 horas da tarde desse mesmo dia 14 de Junho, intersticio de horas em que se diz que fizera o seu testamento, de cujo juizo medico não se podia prescindir para fazer prova do estado apyretico e effectivo do enfermo, na gravidade da molestia, da qual succumbio no seguinte dia 15. O que posto, não estando de nenhuma sorte provado nos autos o allegado estado de apyrexia, e de modo incontestavel, sendo antes natural que a marcha progressiva da molestia o não permittisse, como he certo que ás 9 e 6 horas da tarde estava em delirios e com perturbação do cerebro, e visto que em semelhante estado o referido commendador Patricio não podia validamente testar por faltar-lhe a integridade de juizo, solemnidade intrinseca substancial do testamento (Ord. liv. 4.º tits. 80 e 81 pr. §§ 1º e 2.º). E como o testamento he um dos actos mais serios da vida do homem, que só tem effeito depois da sua morte, tempo em que não pode arrepender-se, o testamento pede no Testador, como observão eminentes Praxistas, uma inteiresa de juizo e certeza de vontade tão evidente e manifesta que não possa contestar-se.

«Quanto a fórma, por que se a Ord. liv. 4 tit. 80 § 1.º, prescrevendo as formalidados essenciaes para a validade do testamento cerrado, faculta ao que sabe escrever, mandar escrever por outrem o seu testamento e assignal-o, ao analphabeto fazel-o escrever e assignar outrem de seu rogo; assignatura que dispensa quando o mesmo Testador o escreveo de seu punho, não permitte, todavia que deste modo (*cerrado*) possa testar— *aquelle que sabe escrever, mas não pode assignar*—intelligencia de summa moralidade que se deduz da letra e texto do citado § 1 º, e tambem a confirma Liz Teixeira—*Curso de Dir. Civ.* to 2 tit. 5 § 8.º, e não he difficil acertar nesta intelligencia, quando se comparão as prescripções para o acto de escreverem-se as disposições com as relativas para o auto da approvação.

«Ora, sabendo o commendador Patricio ler e escrever, estando no dia 14 de Junho 1867 em estado de não poder assignar, não podia fazer testamento cerrado. Logo o papel de fl 29, escripto e assignado por outra pessoa, hé um papel imprestavel em Direito, para valer como testamento cerrado, mystico ou olographo.

«E quando mesmo podesse ser aceito, determinando a cit. Ord. no § 1 que o testamento cerrado e cosido, elle Testador o entregue, perante cinco testemunhas, ao Tabellião, declarando ser o seu testamento, que quer que se cumpra, cautela prevídente da Lei, para authenticar a veracidade da disposição de ultima vontade, e resguarda-la da fraude; vê-se no emtanto dos autos que esta solemnidade da tradição das disposições testamentarias á fl. 29, attribuidas ao dito Commendador, não se operou como a Lei o quer e manda, pois que o Escrivão de paz Theotonio Meirelles da Silva, o mesmo que lavrou o instrumemto de approvação á fl. 30, declarou á fl. 19, na Policia, que o papel emque estavão escriptas as referidas disposições, por letra de terceiro, sem assignatura, que elle Escrivão copiou, lhe fôra entregue pelo appellado João José Roza, que o tirara de cima de uma commoda no quarto do doente Patricio, para onde este apontou, quando entrando ahi perguntou-lhe se queria fazer o seu testamento, o que ainda repetio o dito Escrivão no seu juramento á fl. 113 v., affirmando que se recordava perfeitamente que não foi o finado que lhe entregou em mão o testamento, e isto mesmo o confirmão as testemunhas instrumentarias fls. 121, 136, 144, 151, 154 e 162, nenhuma das quaes presenciou a passagem do testamento immediatamente das mãos de Patricio para as do Escrivão que o approvou. Nada mais evidente, não se deu a tradição legal, fórmula igualmente substancial, cuja preterição vicia o testamento, em vista das terminantes disposições de Direito. Ord. citada e Assento de 10 de Junho de 1817.

«E comquanto o Escrivão no auto da approvação diga cousa differente do que declarou na Policia a fl. 19 e jurou a fl. 113 v., como notado fica, todavia a presumpção de fé que lhe dá a Lei cede, e não resiste ás provas abundantes dos autos que a contradizem. Accresce mais, que o testamento em questão he uma cópia de outra cópia de letra de terceiro, sem assignatura do commendador Patricio, e posto que a testemunha de fl. 166 Cunegundes Jose Pereira, jurasse que elle fizera a primeira cópia de apontamentos da propria letra do mesmo commendador, a seu pedido e lha entregára muito antes do seu fallecimento, todavia, nem Patricio assignou tal cópia, tendo aliás comsigo, e menos apparecem nos autos os originaes apontamentos, de onde foi extrahida a copia, convertida depois em testamento.

«Portanto, sendo vicioso no fundo e na fórma o testamento constante de fl. 29, attribuido ao predicto commendador Patricio Ricardo Freire, como se vem de demonstrar, reformão a sentença appellada de fl. 290, para julgarem, como julgão, nullo e de nenhum effeito legal o referido testamento, e mandão que a herança se devolva *ab-intestado*, na ordem da successão legitima a quem de Direito couber, e condemnão o appellado nas custas. Rio 18 Junho de 1869.—*Costa Pinto*, Presidente.—*Almeida.*—*Magalhães Castro.* —*Lisboa.*— *Travassos.* —*Dr. Siqueira.*»

éste acto desde o seu principio até o fim, fica consequentemente firme, e conforme á Lei o acto do Instrumento de Approvação do Testamento:

Porquanto, huma vez que Testador declare perante as Testemunhas e o Tabellião, entregando-lhe o Testamento, *que aquelle he o seu Testamento*, que ha por bom, firme e valioso, e o Tabellião fizer o Instrumento de Approvação na parte do Testamento, na fórma acima declarada, fica o mesmo Testamento valido, e do mesmo modo firme e bom, que se respondesse ás perguntas, que o Tabellião lhe deveria fazer, se o Testador assim o não tivesse antecipadamente declarado:

Que o mesmo deve entender-se *dos mais requisitos* da Lei, cuja intenção he, que a elles se não falte; mas huma vez, que o Tabellião, Official Publico e de fé pela Lei, porte por fé no Instrumento de Approvação, que perante as Testemunhas, alli presentes e declaradas, forão satisfeitos todos os requisitos da Lei, especificados na mesma Lei, e especificando-os elle no mesmo Instrumento, está observado o que a Lei requer, e manda se observe a bem da liberdade de testar.

E para cessarem todas e quaesquer duvidas a estes respeitos, acautelando-se novas demandas, que possão perturbar a tranquillidade das familias, se tomou este Assento (declaratorio não só da Lei, de cuja interpretação se trata; mas igualmente do Assento, a que se refere o segundo quesito), que o mesmo Sr Chanceller, que serve de Regedor, mandou tomar, e assignou com os Desembargadores de Aggravos, e do Conselho de Sua Magestade, que nelle votárão.

Como Regedor—*Salter*, etc.

LEI DE 19 DE JUNHO DE 1775.

Providencia sobre a alliciação, seducção e corrupção dos filhos-familias de ambos os sexos (1).

D. José, por graça de Deos, etc.

Faço saber aos que esta Carta de Lei virem: Que sendo-me presente em consulta da Meza do Dezembargo do Paço, que havendo já louvavelmente occorrido alguns Prelados Ecclesiasticos destes meus Reinos aos excessos, abusos, e violencias, com que contra Direito Divino, e Natural, que estabelecerão os inviolaveis direitos do patrio poder, e a impreterivel obediencia dos filhos a seus pais, se extorquião as filhas familias das casas de seus pais.

Procedendo-se, para o implemento de promessas viciosas, e nullas na sua propria origem, á captura dos promittentes, com estranha repugnancia, não sò da boa disciplina, e dos Canones da Igreja mas até da mesma natureza dos Contractos dos Matrimonios: que dependendo para a sua validade de hum reciproco, livre e espontaneo consentimento, se fazião com elle sempre incompativeis a coacção, e a violencia.

Passando-se a celebração dos mesmos Matrimonios, sem para elles serem ouvidos as pais, parentes, ou Tutores dos contrahentes, com outra offensa dos direitos mais sagrados, que entre todas as Nações civilisadas lhes competem para regularem os effeitos civis daquelles contractos.

Havendo chegado a tal excesso de escandalo a liberdade de alguns individuos, que abandonados a huma vida licenciosa, e destituidos das qualidades, que podião habilita-los para casamentos nobres, e opulentos, se valião de quantos reprovados modos inventára a malicia, a libertinagem, para corromperem o espirito das filhasfamilias immediatas successoras, ou bem dotadas: já abusando aleivosamente da amisade, ou do parentesco; já comprando a infame industria das pessoas, que vivem da torpesa e corrupção, que solicitão; e já fazendo ou extorquindo promessas de casamento; armas as mais fórtes para vencerem hum sexo fragil.

Até que (depois de chegarem ao ultimo fim das suas libidinosas intenções) se vião precisados os pais para remirem a honra de suas filhas; ou a consentirem nos casamentos, que abatião, e deslustravão, ou a recorrerem a ultima extremidade de huma exheredação, tão contraria a natureza, e ao commum voto dos pais, como destructiva das bases, termos da paternidade.

Tendo sido igualmente cumplices nestas mesmas desordens muitos daquelles pais de familias, que allicião, e solicitão os filhos alheios para entrarem nas suas casas e nellas ter communicação com as filhas, ao fim de se queixarem depois delles, e os obrigarem a esposar as ditas suas filhas.

Havendo grassado a liberdade de huns, e outros, por não haver nestes meus Reinos Legislação propria para precaver, castigar factos tão crimmosos; porque mostrava a experiencia, que das penas impostas pelas duas Ordenações, livro quinto, titulo dezoito, e titulo vinte e tres, que castigarão o rapto, e o estupro, usavão sómente as pessoas plebeas, e não as de nascimento nobre; as quaes muito pelo contrario, por não accusarem criminalmente aquelles insultos, e com elles a sua propria deshonra, os sentião e soffrião, reduzidos á ultima necessidade de tomarem o partido de hum casamento indigno, que para ser infeliz, bastaria effeituar-se por principios tão reprovdos, e aleivosos.

E tendo resultado de todo o referido absurdos tão estranhos, e perniciosos, como são:

(1) Vide Ord. deste liv. t. 88 rub., e nota (2) á pag. 927.

Primeiro: o de reportarem commodo da sua mesma iniquidade aquelles profanadores da honra das familias; e o premio de hum casamento nobre, em lugar de castigo, que merecião pelos torpes, e aleivosos meios com que o conseguirão (1).

Segundo: o de ficarem impunidos, é por isso mais frequentes aquelles insultos, tanto mais aggravantes, quanto mais nobres, e distinctas as familias lésas, e insultadas.

Terceiro. o de se reduzirem a inuteis, e illusorias as sobreditas providencias tomadas pelos referidos Prelados Ecclesiasticos, em beneficio do socego publico, e da honra, e tranquillidade das mesmas familias.

E conformando-me com o parecer da dita Consulta: Sou servido declarar, e ordenar aos ditos respeitos o seguinte.

I. Ampliando a Ordenação do livro quinto, titulo decimo oitavo: Sou servido declarar incursas no crime de rapto por seducção todas as pessoas, contra as quaes se provar, que alliciarão, solicitarão, e corromperão as filhas alheias, que vivem com boa, e honesta educação em casa de seus pais, parentes, e Tutores, ou Curadores: ou seja sómente por fim libidinoso; ou para o conseguirem por este illicito meio hum casamento que não conseguirião pelos da razão e da decencia.

E ordeno consequentemente, que nestes casos tenha lugar a Justiça, ainda sem requerimento da parte lésa, e queixosa(2).

II. *Item*: Ordeno, que nos casos de se provar legalmente effectivo accesso, e corrupção: Os que nella forem comprehendidos sendo peões, sejão condemnados em dez annos de degredo para as galés: e sendo nobres em outros dez annos para Angola.

III. *Item*: Ordeno, que nas mesmas penas incorrem respectivamente os pais, que alliciarem, e solicitarem filhos alheios para entrarem nas suas casas, e nellas terem trato, communicação com suas filhas, afim de se queixarem depois delles, e os obrigarem a que com ellas casem: Alem de não poderem ser ouvidos em qualquer Juizo, ou fóra delle sobre as ditas maliciosas queixas.

IV. *Item*: Ordeno, que as filhasfamilias, ou que estiverem debaixo da tutela, ou curadoria; as quaes com injuria de seus pais, e parentes se deixarem corromper, fiquem pelos mesmos factos *desnaturalisadas* das familias, a que pertencerem, e inhabeis para dellas herdarem, ou haverem alimentos.

V. *Item*: Ordeno, que nas mesmas penas incorrão os filhos, ou filhasfamilias, pelos mesmos factos de casarem sem consentimento de seus pais, Tutores, ou Curadores.

VI. *Item*: Ordeno, que os referidos casos fiquem sujeitos ao procedimento de devassas *ex officio*; as quaes nesta Côrte tirárão os Ministros dos respectivos Bairros, logo que lhes constar dos sobreditos crimes, e as remetterão na forma da minha Lei de vinte e cinco de Junho de mil setecentos e paragrapho quinto.

E nas Provincias serão tiradas as ditas devassas, pelos Corregedores, e Ouvidores, que tiverem Correição; e findas que sejão, serão por elles remettidas as Relações a que tocarem: com a pena de suspensão dos seus Officios, e de perpétua inhabilidade para outros, contra os Ministros, que por omissão, ou outro qualquer respeito deixarem de cumprir exactamente a sua obrigação sobre o referido.

E esta se cumprirá tão inteiramente, como nella se contém sem duvida, ou embargo algum, qualquer que elle seja (1).

Pelo que mando, etc.

Dada em Lisboa aos 19 de Junho de 1775. —*Com a assignatura de El-Rey com guarda.*

LEI DE 29 DE NOVEMBRO DE 1775.

Declarando a de 19 de Junho do mesmo anno, em que providencia sobre os Matrimonios, em que os Pais, Mãis, Tutores, ou Curadores, recusão dar o seu consentimento (2).

D. José, por graça de Deos, etc.

Faço saber aos que esta Lei virem, que sendo-me presente em consulta da Meza do Dezembargo do Paço: que havendo eu pela minha Lei de desenove de Junho deste presénte anno auxiliado, e sustentado a inviolavel observancia da disciplina, louvavelmente excitada pelos Prelados Ecclesiasticos destes meus Reinos; de não admittirem aos Matrimonios os filhos, ou filhasfamilias, sem consentimento de seus pais, ou de seus Curadores; com as penas, que são da minha temporal competencia.

Quando podia esperar-se, que munidos os Pais de familias, com a força de huma e outra authoridade para conservarem toda, a que tem o poder paterno, farião delle em beneficio dos mesmos filhos aquelle justo, e bem regulado uso, a que elle pela sua naturesa se dirige: tinha muito pelo contrario mostrado a experiencia, que esquecidos até daquelles affectos, que inspirão os notissimos principios do Direito Natural a todos os Pais, para promoverem os interesses de seus

(1) Vide Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 277 e 560, to. 3 pag. 313 e 325, *Fascic.* to. 3 pag. 153 e 154, e *Obrig.* pag. 57, 199, 203, 204, 291 e 296.
(2) O nosso Codigo Criminal no art. 219 e seguintes segue doutrina differente.

(1) Vide *infra* a Lei de 29 de Novembro deste mesmo anno e á pag. 1031 a L. de 6 de Outubro de 1784 no § 9.
(2) Vide Ord. deste liv. t. 88 rub. e nota (2) á á pag. 927.

filhos, lhe negavão absoluta, e obstinadamente os consentimentos ainda para os Matrimonios mais uteis, correspondentes ás suas qualidades: erigindo no seu particular, e domestico poder hum despotismo, para impedirem os mesmos Matrimonios, em notorio prejuizo das familias, e da povoação de que depende a principal força dos Estados.

Que competindo-me como Pai commum dos meus Vassallos não só o moderar os abusos, e tyrannias do poder particular; mas tambem o privativo conhecimento das causas, e razões, por que os Pais negão a sua licença para os matrimomios dos Filhos: Estava occorrido aos referidos excessos, quanto aos matrimonios da Nobresa, que administra, ou pode succeder em bens da minha Real Corôa, pelas Leis de vinte e trez de Novembro de mil seis centos e deseseis, de vinte e nove de Janeiro de mil sete centos e trinta e nove: E que sendo justo, e sempre conforme ás minhas paternaes intenções, que os effeitos da minha Real protecção cheguem desde a primeira até a ultima classe dos meus Vassallos: Se fazia indispensavel huma providencia geral; que cohibindo tão perniciosos abusos; e fazendo conter o poder paterno nos seus justos e racionaveis limites; desembarace os Matrimonios, em publico, e particular beneficio.

E conformando-me com o parecer da dita Meza: Sou servido ordenar aos ditos respeitos o seguinte:

Ordeno: que em tudo o que respeita aos matrimonios de Nobreza, que administra bens da Corôa; ou tiver o foro de Moço Fidalgo, e d'ahi para cima, se ponhão na mais indefectivel observancia as sobreditas Leis de vinte e trez de Novembro de mil seiscentos e deseseis, e de vinte e nove de Janeiro de mil seiscentos e trinta e nove, que com esta mando estampar (1).

Item: Ordeno, que no outro resto da Nobreza da Corte ou das Provincias, nos casos das referidas repugnancias, se recorra pela Meza do Dezembargo do Paço; a qual informada das qualidades das familias, e das conveniencias dos casamentos, e ouvidos, em termo breve, e summario, os pais, mãis, Tutores, ou Curadores, concederá, ou negará, as pretendidas licenças, segundo o merecimento dos recursos.

Item: Ordeno, que o mesmo se observe a respeito dos Negociantes de grosso trato; e das mais pessoas, que achão nobilitadas pelas minhas Reaes Leis.

Item: Ordeno, que as outras pessoas da corporação e gremios dos Artifices, e das occupações da plebe, recorrão nos sobreditos casos nesta Côrte aos Corregedores do Civel della, ou da cidade: e nas Provincias, aos Corregedores, ou Provedores das Comarcas: os quaes ouvindo de plano, em termo breve, e summario os pais, mãis, Tutores, ou Curadores, sobre a razão da sua repugnancia; e informando-se da convenien-

---

(1) Estas Leis que se imprimirão juntas a esta são as seguintes:

D. Felippe, por graça de Deos, etc.

Faço saber aos que esta Lei virem, que desejando eu que nestes meus Reinos se conserve, e perpetue a Nobreza de meus Vassallos, e que aquelles, que por serviços feitos aos Reys, e a Republica se assignalarão, e avantajarão aos outros homens, e alcançando mercês da sua Corôa, dignidades, preeminencias, não recebão affronta em seus descendentes, se casarem com pessoas indignas; e se esperar dos que conservão o esplendor da Nobreza, que herdarão de seus maiores, que não farão cousa, que não corresponda à obrigação, em que seu nascimento os põem: Mandei tratar por pessoas do meu Conselho, e outras de Letras, e experiencia, do remedio, que se poderia dar neste caso, para que os que com as ditas pessoas casassem, não podessem succeder em bens da minha Corôa, nem os que delle descendessem.

E consideradas as rasões, que se me apontarão: Hei por bem, e mando, que todas as pessoas, de qualquer estado, e condição, que sejão, que tiverem bens da minha Corôa, ou se quizerem habilitar para os ter, em caso que possão em algum tempo vir a herdar: sejão obrigados, antes de casar, a haver licença minha, para o que me apresentarão consentimentos de seus pais: e não os tendo, de seus Curadores (se elles não forem interessados em os dar): a qual licença se pedirá ao Dezembargo do Paço, aonde em caso que os pais ou Curadores lhes neguem seus consentimentos, conhecerão das razões, que para isso tem, e me farão consulta sobre ellas com o mais, que em rasão de conveniencia, igualdade se offerecer: E que as pessoas, que casarem sem estes requesitos todos, fiquem incapazes de em algum tempo poderem haver bens da Corôa, e privados dos que já tiverem, de que desde logo os privo, e a todos os seus descendentes, sem embargo de quaesquer clausulas, que nas ditas doações houver, e que requeirão expressa derogação dellas.

E mando a todos os meus Desembargadores, Corregedores, Ouvidores, Juizes, e Justiças de meus Reinos, e Senhorios, se informem particularmente das pessoas, que em seus districtos possuem os ditos bens de minha Corôa, que depois da publicação desta casarem com as ditas pessoas indignas: e que os seus descendentes possão ficar com o abatimento da sua Nobreza: e a informação que disso tomarem, enviarão a Meza do Dezembargo do Paço, para nisto se prover como houver por meu serviço.

E mando outro sim aos ditos Corregedores, e aos Provedores das Comarcas, em que os Corregedores não entrão, que nas Devassas, que cada anno tirão, perguntem pelo sobredito, sendo certos huns, e outros, que em suas residencias se hade perguntar a diligencia, que fizerão neste negocio: E assim mando ao Chanceller Mór destes Reinos, e Senhorios, que faça publicar esta Lei na Chancellaria; e envie logo cartas com o traslado dellas sob meu sello, e seu signal aos Corregedores, e Provedores das Comarcas destes Reinos, para que a fação publicar, e seja a todos notoria: a qual se registrará nos livros da Meza dos meus Desembargadores do Paço: e nos da Casa da Supplicação, e Relação do Porto aonde se costumão registrar semelhantes Leis: e esta propria se lançará na Torre do Tombo

Dada nesta cidade de Lisboa, Cypriano de Figueiredo a fez a vinte e trez de Novembro de mil seiscentos e desaseis.— E eu João Tavares da Costa a subscrevi–
Com a assignatura Real.

Lei de 29 de Janeiro de 1739.

E a fim que as pessoas acima nomeadas procurem conservar nos casamentos a distincção, que convém ao seu estado, e qualidades: Hei por bem e mando que se não continuem a dar os tratamentos acima declarados a qualquer das pessoas referidas se casar sem licença, e approvação minha por escripto; como tambem aos filhos, e filhas, que do seu matrimonio provierem.

cia dos ditos casamentos; concederão, ou negarão as ditas licenças, dando aggravo de petição da concessão, ou negação as delles para as respectivas Relações: nas quaes mando, que de plano,pela inspecção da verdade dos factos, e sem mais figura de Juizo, se defira a estes recursos com preferencia a todos, e quaesquer outros negocios dentro do preciso termo de dez, quinze, vinte, ou trinta dias, segundo as menores, ou maiores distancias dos lugares, donde seja preciso, ou mandar vir as partes, ou fazer algumas informações particulares(1).

Item: ordeno, que obtendo os ditos recorrentes licenças minhas, ou da dita Meza, ou dos respectivos Magistrados, apresentem aos Parochos, a que tocarem, para por elles serem admittidos aos Matrimonios, como se para elles interviesse expresso consentimento dos pais, mãis, Tutore, ou Curadores.

Tudo debaixo das penas declaradas nas sobreditas Leis de vinte e trez de Novembro de mil seiscentos e deseseis; de vinte e nove de Janeiro de mil setecentos trinta e nove; e de dezenove de Junho deste presente anno,contra todos os que de outra fórma contrahirem os Matrimonios (2).

E esta se cumprirá tão inteiramente, como nella se contem, sem duvida, ou embargo algum,qualquer que elle seja (3).

Pelo o que mando, etc.

Dada em Lisboa aos 29 de Novembro de 1775.

PROVISÃO DE 18 DE JANEIRO DE 1799.

Declara os verdadeiros effeitos das Cartas de Legitimação (4).

D. Maria, por graça de Deos, etc.

Faço saber, que em consulta da Meza do Dezembargo do Paço, á que precedêrão informações do Dezembargador Vicente Rodrigues Ganhado, Juiz dos Feitos da minha Real Corôa, e Fazenda, me foi presente o requerimento de D. Leonor Maria Lobo da Gama, descendente de illustres Fidalgos da minha Casa, no qual me expôz: Que succedendo por fallecimento de seu irmão Luiz Lobo da Gama na administração dos muitos, e importantes vinculos, de que se compõe a sua antiquissima casa; Vasco da Gama, e sua irmã D. Anna Luiza,dous individuos,cujas qualidades,e direitos forão sempre desconhecidos,conseguirão de mim com ob, e subrepção a graça de serem legitimados por filhos do mencionado irmão da supplicante, depois da morte deste; e não satisfeitos com as honras, privilegios, isempções, Nobreza, e alimentos, que em consequencia da dita mercê entrarão a perceber, passàrão ao temerario projecto de quererem reivindicar-lhe não só os bens allodiaes, mas ainda os vinculos, com tanta ventura, que obtendo na superior Instancia sentença a seu favor, a qual pendia do debil fio de huns embargos que devião ser decididos pelos mesmos Juizes, que a proferirão; e portanto considerados de nenhuma contemplação, tinha reduzido a supplicante a maior consternação.

E por que o triumpho dos supplicados era devido á falta de declaração com que se lhes expedirão as *Cartas de Legitimação*,por se persuadirem os Ministros, que proferirão a dita sentença, que a graça era extraordinaria, em razão de se acharem nas referidas Cartas algumas clausulas exorbitantes, e não acautelado o prejuizo de terceiro; e não podia ser a minha Real intenção, que existindo, como existião, legitimos descendentes dos gloriosos instituidores dos vinculos da contenda, fossem privados do direito, que como successores lhes compete, e vissem perpetuada a memoria dos seus progenitores em huns Individuos, á quem a fortuna elevou d'entre a plebe, onde por muitos annos estiverão confundidos: Me pedia houvesse por bem declarar se a legitimação concedida aos supplicados prejudicava, e era offensiva de direitos adquiridos, e se a clausula geral, que nella se divisava, apesar de ser concedida em termos exorbitantes,irregulares, e não communs, era destructiva da ordem da successão.

E conformando-me com o que me foi presente na dita Consulta, visto que as *legitimações* não se costumão conceder neste Reino em prejuizo dos herdeiros legitimos, e não tendo ellas a qualidade de huma *restituição plenaria*, mas de huma *méra dispensa* só podem aproveitar para os effeitos, e fins, que as Leis, e os estylos do Reino prescrevem, na fórma, por ellas ordenada e de nenhuma sorte para despojar qualquer terceiro do seu dominio, e posse, e do direito adquirido, ainda aos bens, de que o pai podia dispôr em sua vida, e menos vigorisar, e ter validade a respeito dos Morgados antigos, e dos bens sujeitos a restituição, especialmente daquelles em que se verifica a exclusão de bastardos,nem privar ao actual Administrador, e possuidor dos ditos bens, e dos fideicommissos já deferidos pela Lei, e pelas instituições aos nellas expressamente chamados; por que nestes casos ainda a fazer eu o uso do meu alto, e supremo poder, jamais podia ser da minha Real, e bem re-

---

(1) Vide Ass. de 10 de Junho de 1777.

(2) Vide Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 35,78, 413 e 609, to. 2 pag. 379, *Morgados* pag. 39, *Seg Lin.* to. 1 pag.35, to. 2 pag. 193, 221 e 233, *Notas á Mello* to. 2 pag. 34, 453 e 560, to. 3 pag. 313, e *Obrig.* pag. 18, 54, 57, 203 e 296.

(3) Vide o Assento de 10 de Junho de 1777, e a Lei de 6 de Outubro de 1784.

(4) Vide Ord. deste liv. t. 93 nota (4) á pag. 944 e 945.

gulada intenção inferir hum tal gravame, e despojar os senhores, e possuidores de seus legitimos direitos, sem citação, e audiencia de todos os interessados, e sem intervenção de causa justa, urgente, e publica que não houve, nem se pode entender resulte da supposta extincção da familia, ainda dado fosse certa, e não existissem provas evidentes do contrario; accrescendo a notoria obrepção, em que por esta causa laborão os rescriptos das Legitimações, não só por se tomar por fundamento para a concessão delles a extincção da familia de Luiz Lobo da Gama, fallecida que fosse a supplicante sua irmã, ao mesmo tempo que existem sobrinhos, e outros legitimos descendentes dos Instituidores dos vinculos, que dignamente representão o nome illustre della, podem continuar pela successão a nobreza da Casa, mas tambem por se deixar em silencio a declaração dos direitos adquiridos, suppondo-se ainda não deferidos o dominio, e posse dos bens della, quando a supplicante se achava na sua administração depois de largos annos.

Para pôr termo peremptorio a humas questões excitadas em consequencia da precipitada concessão das ditas injustas, e escandalosas *Cartas de Legitimação*, nas quaes se ingerirão termos, e clausulas fabricadas com falsidade, e injuria das Leis, e do Legislador; cartas que por fatalidade fórão absurda, e servilmente entendidas por sentenças, e despachos enormes no longo espaço de mais de vinte annos, para maior oppressão da supplicante apezar dos altos, e justos repetidos clamores.

Hei por bem declarar de nenhum effeito, e por obrepticios, os mencionados *Rescriptos de legitimação* dos supplicados, Vasco da Gama, e D. Anna Luiza, na parte que offendem, e privão a supplicante, e seus successores dos direitos adquiridos, ficando no mais em seu vigor; não obstante quaesquer clausulas geraes, extraordinarias, e equivocas, que se achem nos ditos Rescriptos: e mando que se suspenda logo na execução das sentenças proferidas em consequencia delles, e que no caso de terem já produzido o seu effeito se reponha tudo no estado antecedente, por quanto as declaro nullas, e sem vigor por esta Provisão, que se cumprirá inteiramente como nellas se contem.

Pagou de novos Direitos quinhentos e quarenta reis, que se carregarão ao Thesoureiro delles a folhas dezanove do livro decimo quinto da sua receita, e se registrou o conhecimento em fórma no livro quinquagesimo nono do registro geral a folhas trezentas e vinte e huma.

A Rainha nossa Senhora o mandou por seu especial mandado pelos Ministros abaixo assignados do seu Conselho, e seus Desembargadores do Paço.—Joaquim Ferreira dos Santos a fez em Lisboa a 18 de Janeiro de 1799 annos. Desta seiscentos reis.—José da Silva Zuzarte a fez escrever.—*José Joaquim Vieira Godinho*— *José Bernardo da Gama e Atayde.*

LEI DE 25 DE JUNHO DE 1766.

Regula os Testamentos e ultimas vontades (1).

D. José, por graça de Deos, etc.

Faço saber aos que esta minha Carta de Lei, e Pragmatica virem, que em Consulta da Meza do Dezembargo do Paço, me foi presente o excesso, a que tem chegado os successivos, e frequentes abusos de ultimas vontades, feitos nestes meus Reinos, e dominios pelas muitas pessoas, que se arrogárão as direcções dos Testamentos, insinuando-se artificiosamente no espirito dos Testadores; humas vezes inhabilitados pelas suas decrepitas idades, outras enfraquecidos pela aggravação das suas doenças; e outras vezes illudidos debaixo de pretextos na apparencia pios, e na realidade dolosos, e incompativeis com a humanidade, e caridade Christã, das quaes he sempre inseparavel o affecto entre as pessoas conjunctas pelo sangue para se prestarem reciprocos soccorros, e alimentos com preferencia aos que são estranhos.

Havendo-se reduzido com os referidos abusos barbaros, e crueis muitas, e muito numerosas familias distinctas pelo nascimento, e abundantes pelos seus cabedaes á lastimosa indigencia, que fez precipitar differentes individuos dellas nos vicios, a que a miseria costuma arrastar aos que a padecem, e em muitas desordens, em que os outros dos mesmos individuos forão precipitados pela impaciencia de verem possuir pelo meio de fraudes aos estranhos os patrimonios dos seus proximos parentes.

E havendo sido comprehendidos no sobredito pernicioso abuso não só pessoas Seculares, mas tambem Ecclesiasticas, e Regulares, as quaes fazendo maior a sua culpa com a relaxação das disposições Canonicas, e da verdadeira, e santa disciplina Regular, que as obrigava a não buscarem nas sobreditas direcções mais do que a salvação das almas;

Profanarão humas, e outras nas frequentes simulações, e extorsões, com que fizerão servir os Canones da Igreja, e os Estatutos das Ordens Religiosas á insaciavel, e estranha cubiça, que já de tempos muito anteriores deo urgentes motivos ás antigas Leis, que forão promulgadas por differentes Im-

(1) Vide Ords. deste liv. t. 80 usque t. 94, e Ass. de 5 de Abril de 1770 e de 21 de Julho de 1777.
Vide mais adiante o § 10 desta Lei, e o § 4 da de 9 de Setembro de 1769.

peradores Romanos, não só com louvor dos Santos Padres da Igreja, mas até á instancia do mesmo Pontifice Romano ; de sorte que as mesmas Leis ordenadas a cohibir estas fraudulentas, e impias negociações de Testamentos, vierão pelo successivo escandalo a fazer-se universaes, como hoje o são em quasi todos os Reinos, e Estados Catholicos da Europa; e vierão a constituir nestes meus Reinos o justo, e instante do objecto do Alvará de El-Rey D. Felippe IV, publicado em vinte e seis de Março de mil seiscentos quarenta e hum, em que os povos pedirão: *Que nenhum Religioso possa requerer em Testamento, que fizer, legado, ou herança que se deixe ao seu Mosteiro, e que pelo mesmo caso ficasse a disposição naquella parte nulla*; e de outro Alvará com força de Lei que por effeito do mesmo capitulo das Cortes foi estabelecido por El-Rey meu senhor, e Bisavô no dia dous de Março de mil seiscentos e quarenta e sete.

E conformando-me com sobredita consulta da Meza do Dezembargo do Paço, e com os pareceres de muitos outros Ministros do meu Conselho, ornados de grandes letras, virtudes, e conhecido zelo do serviço de Deos, e meu ; do bem commum dos meus Vassallos, Ecclesiasticos, e Seculares ; e da aquelle bom nome, e exemplar integridade, com que pelo meio da observancia dos Sagrados Canones, e das Constituições Apostolicas, e Regulares devem edificar a todos os fieis, os Ministros a Igreja, de que sou protector nos meus Reinos, e Dominios, para nelles manter a sobredita observancia : Declarando, e ampliando as referidas Leis ; mando se observe aos ditos respeitos o seguinte(1):

1. Toda a herança, ou legado, que forem escritos por qualquer pessoa secular, ou Ecclesiastica a favor de sua familia, ou de qualquer parente seu até o quarto grão inclusivamente ; ou de qualquer Confraria, ou corporação, de qualquer qualidade que seja ; ou forem escriptos por qualquer pessoa Ecclesiastica, ou Regular a favor das suas respectivas Ordens, ou corporações, que estejão debaixo da direcção dellas.

Estabeleço que pelos mesmos factos fiquem nullos, e de nenhum effeito: Prohibindo que sobre a sua validade se possa disputar em Juizo ou fóra delle : Mandando que assim se observe literalmente, sem interpretação, ou modificação alguma ; e que os bens, ou cabedaes deixados, ou legados contra o acima estabelecido, passem logo com o dominio, e posse aos herdeiros, a quem por Direito pertencerem, se os houver, ou não os havendo, ao meu Fisco, e Camara Real :

E tudo debaixo das penas de suspensão até a minha mercê de todos, e quaesquer Magistrados, que ou reduzirem a disputa Judicial esta minha Pragmatica, ou que sendo-lhe presente qualquer disposição contra ella feita, e sendo-lhe requerida a sua observancia, não mandarem logo na conformidade della metter de posse os herdeiros, a quem tocar, sem mais figura, ou formalidade de Juizo : Alem de pagarem as partes todas as perdas, e damnos das móras, que lhes fizerem com as custas dos autos.

E os Tabelliães, que taes testamentos lançarem nas suas Notas ; e os Escrivães, que nas execuções delles escreverem, incorrerão na pena de perdimento dos seus Officios, sendo proprietarios, ou na do valor delles, sendo Serventuario(1).

2. *Item* : Mando que o mesmo se observe e com a mesma generalidade, sem differença alguma, nos casos de serem as heranças, ou legados deixados ás communidades dos Directores, ou Confessores ; ou ás familias, ou parentes dos Letrados, que costumarem aconselhar os Testadores ; e isto posto que os testamentos sejão escriptos por outras pessoas diversas, ou ainda pelas proprias mãos dos mesmos Testadores ; não se dando differença entre o caso de escreverem os sobreditos as heranças, ou legados, ou de as inspirarem e suggerirem ás pessoas, por elles dirigidas, ou aconselhadas na sobredita fórma.

3. *Item* : Mando que esta Lei tenha lugar, e se observe geralmente em todos os testamentos, e codicillos, ou sejão escritos, ou nuncupativos, e em todas as especies, e actos de ultimas vontades, expressas assim dentro dos mesmos testamentos, como fóra delles : Cessando tambem sobre esta materia toda a disputa judicial, e todas as questões sobre a disposição do *Senatus Consulto Liboniano*, e mais Leis com elle concordantes ; por que só esta minha literal disposição quero que se observe assim e da mesma fórma ; que nelle se contém, e não de outro algum modo, ou maneira, qualquer, que ella seja

4. *Item*: Sustentando assim a observancia dos Canones, e Constituições Apostolicas, e Regulares, como a justa attenção, com que devo obviar o damno, que tem causado ao commum das Ordens Religiosas as testamentarias, de que encarregando-se muitos individuos das mesmas Ordens, derão com as suas administrações prejudiciaes, e publicos escandalos : E conformando-me tambem com o espirito da Ordenação destes Reinos na livro quarto, titulo cento e dois paragrapho primeiro, e de outras disposições de Direito com ella conformes :

Mando que indistinctamente todas as no-

(1) Vide Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 2 pag. 12, 93 e 180, e *Notas á Mello* to. 4 pag. 33.

(1) Vide Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 360.

meações de pessoas Religiosas, Mendicantes, ou não Mendicantes, para executores testamentarios, sejão nullas, e de nenhum effeito; e que os Juizes, e Escrivães, que por taes nomeações procederem, ou nos autos dellas escreverem, incorrão nas mesmas penas, que deixo acima ordenadas.

5. *Item*: Para de huma vez cessarem as sobreditas maquinações frequentemente feitas aos Testadores nas suas maiores enfermidades, para suggeridos, ou enganados convirem em tudo o que se lhes propõem sem aquella meditada, e plena advertencia, e deliberacão, que são indispensavelmente necessarias para hum acto legislativo, e tão serio, como he o da disposição dos bens da ultima vontade: Conformando-me com o espirito das Leis destes Reinos, e com o que em outros Paizes, muito polidos da Europa se acha estabelecido a este respeito sobre a longa experiencia de repetidas fraudes:

Mando que todos os testamentos, codicillos, escriptos, ou nuncupativos, e geralmente todos os actos de ultima vontade, feitos depois de haverem principiado as doenças dos Testadores, ou estes se achem na cama, ou o estejão fóra della, sejão nullos, e de nenhum effeito, e passarem os bens aos herdeiros legitimos, com obrigação de fazerem pelas almas dos mesmos Testadores os suffragios estabelecidos pelos costumes das respectivas Dioceses, ou de pagarem aos respectivos Parochos as congruas offertas, que lhes forem devidas pelos ditos costumes, em quanto estes forem racionaveis, e conforme ás disposições de Direito; e isto além dos mais suffragios, que aos mesmos herdeiros parecer accrescentar, movidos pela caridade Christã, e pelos dictames das suas consciencias.

6. O que com tudo se entenderá sempre pelo o que pertence aos Testadores, quando as suas doenças forem daquellas, que na phrase commum da Medecina se costumão chamar ou *Agudas*, ou *Graves*; ou que são do genero das que pódem trazer no seu progresso perigo de vida do enfermo. E não terá lugar a referida prohibição a respeito dos outros enfermos, que forem de achaques habituaes, e chronicos, com os quaes se costuma viver em perfeito juizo muitos annos; com tanto que os ditos achaques chronicos não sejão de estupores, paralyzia, e vertigens, os quaes debilitão o uso das potencias, e entorpecem os sentidos dos que os padecem, posto que exteriormente pareça o contrario aos que não vivem quotidianamente com semelhantes enfermos.

7. E pelo que pertence aos herdeiros, a quem as heranças se houverem de devolver pelo ministerio desta Lei, se entenderão sómente por ella chamados, quando forem de boa fé, sem que directa, ou indirectamente ponhão impedimentos aos Testadores para disporem dos seus bens em tempo opportuno; porque sendo comprehendidos em dólo ao dito respeito, se observará com elles a literal disposição da Ordenação do liv. 4 tit. 84, incorrendo nas penas por ella determinadas.

8. Exceptúo porém desta geral prohibição, em primeiro lugar aquelles casos, em que os Testadores dispozerem de seus bens a favor de seus pais, ou filhos, ou não os tendo, de seus irmãos, ou sobrinhos filhos de irmãos, ou primos com irmãos.

9. Exceptúo em segundo lugar o caso de serem os legados, que contra a disposição desta Lei se deixarêm ás Communidades Ecclesiasticas Seculares, ou Regulares, reduzidos aos racionaveis termos de não excederem o numero de trez até cinco Missas de esmola ordinaria para cada um dos Sacerdotes das mesmas Communidades; ou o valor das moderadas, e congruas offertas, ou dos suffragios, a que pelos sobreditos racionaveis, e juridicos costumes das respectivas Dioceses, são os herdeiros dos defunctos obrigados conforme a Direito.

10. *Já se acha impresso á pag. 1038 col. 1ª* — (1).

11. Pelas muitas, e successivas queixas, que ao meu Real throno tem chegado dos repetidos factos, que tem feito notório, que nestes ultimos tempos crescêrão os excessos das sobreditas relaxações com mais dissolução, e maior prejuizo dos meus fieis Vassallos, e attendendo ao commum beneficio, e pública utilidade dos meus Reynos:

Declaro comprehendidos na geral disposição desta Lei todas as heranças, e legados escritos, e deixados contra o que acima fica estabelecido, em testamento e mais ultimas vontades; que posto se achem feitos e approvados de preterito, ou não forão ainda produzidos em Juizo, ou havendo sido, se achão ainda pendentes sem sentença de quitação aos herdeiros, ou testamenteiros:

E mando, que todas as causas pendentes sobre as execuções dos referidos testamentos sejão logo de plano sentenciadas por esta minha Lei, e Pragmatica na fórma nella estabelecida (2).

Pelo que, mando, etc.

Lisboa, 25 de Junho de 1766.—*Com a assignatura de El-Rey com guarda.*

---

(1) Vide Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 3 pag. 277, e Ass. de 21 de Junho de 1777.

(2) Vide a Lei de 9 de Setembro de 1769, Dec. de 17 de Julho de 1778, Alv. de 20 de Maio de 1796, Ass. de 5 de Abril de 1770, e de 21 de Junho de 1777.

LEI DE 9 DE SETEMBRO DE 1769.

Declara a de 25 de Junho de 1766 acerca dos Testamentos (1).

D. José, por graça de Deos, etc.

Faço saber aos que esta Carta de Lei virem, que sendo a successão *ab intestato*, pela qual se devolvem os bens aos parentes propinquos, agnados, ou cognados, conforme á razão natural, e aos dictames divinos, expressos em hum, e outro Testamento (2) :

Sendo pelo contrario as successões testamentarias posteriores invenções do Direito das Gentes : sendo as regras favoraveis ás mesmas successões testamentarias axiomas mal entendidos, em quanto são tendentes a aniquilarem a successão dos sobreditos propinquos, que he em tudo conforme á ordem da naturesa, e da caridade Christã :

Sendo por isso as cautelas, e restricções, que as leis mais sabias da Europa tem determinado para coarctarem com a *liberdade illimitada* de testar, e de se violarem, a mesma razão natural, e a mesma caridade Christã, não meros escrupulos, e simplices formalidades dos Legisladores, como foi mal considerado por hum grande numero de Juristas especulativos, e práticos ; mas sim providencias justas, e sábias, que se devem respeitar como outras tantas barreiras, que defendem a mesma razão natural, e a mesma caridade Christã contra os insultos da malignidade, e da cobiça, e contra as muitas falsidades, litigios, dissenções, e perturbações, que resultão da livre facção dos Testamentos, como sempre succede, quando á ordem da natureza se inverte por actos, que lhe sejão contrarios : sendo certo, que com estes ponderosos motivos tem muitos sábios declarado, que seria hum grande beneficio publico tranquillisar a successão natural com a prohibição absoluta de fazer Testamento :

Sendo igualmente certo, que se não acha nas Sagradas Letras vestigio de facção testamentaria ; que muitas nações desconhecerão o uso de testar ; que outras o restringirão a certos bens, e a certas pessoas ; que outras escogitarão, e prevenirão tantas cautellas, e taes formalidades, que não fosse facil privarem-se os herdeiros legitimos dos bens, que a natureza, e a caridade lhe destinão.

Sendo igualmente certo, que entre os Legisladores primitivos forão os Romanos aquelles, que unicamente conceberão a superstíciosa, e lucrosa idéa, com que persuadirão que era ignominia *morrer sem Testamento*; para (debaixo dos pretextos desta supposta ignominia, e de outro de fazerem obsequio ás leis Papias em odio do celibato) permittirem até aos pais testarem com prejuizo dos proprios filhos, como tambem lhes facultavão vende-los, e mata-los : Sendo igualmente certo, que os referidos dous pretextos constituirão os falsos fundamentos de todas as outras maximas, que estabelecêrão; que o mais infimo individuo da plebe, fazendo Testamento, constituisse nelle huma lei inviolavel a todos, e quaesquer Magistrados, para governarem os Testadores este desde o outro Mundo ; que a herança fosse individua ; que represente a pessoa do defuncto depois de não ter alguma existencia ; que se não podesse morrer em parte *testado*, em parte *intestado* ; e as outras semelhantes ficções, que por vulgar systema tem pugnado no Fôro contencioso com prejuizo publico para salvar a validade dos Testamentos contra os justos clamores dos herdeiros legitimos.

Sendo igualmente certo, que este espirito da Legislatura Romana sobre os Testamenteiros foi, e he diametralmente opposto ao espirito da Legislatura da maior parte das outras Nações civilisadas; pois que ao mesmo tempo, em que todo o fim dos Romanos foi ampliar a faculdade de testar ; pelo contrario todo o objecto das ditas Nações foi coarctar, e restringir a dita faculdade ; conhecendo com clarissimas luzes por huma parte, que nenhum inconveniente se seguia de se devolverem os bens daquelles, que fallecessem sem fazer Testamento, aos successores propinquos, que a razão natural, e a caridade chamão para a successão delles, e conhecendo pela outra parte as suggestões impias, as extorsões maliciosas, e as simulações, falsidades, de que he causa a *liberdade illimitada* de fazer Testamento. Por quanto sendo estabelecida sobre estes luminosos principios a minha providente e saudavel Lei de vinte e cinco de Junho de mil e setecentos sessenta e seis ; me foi presente que entre os Juizes executores della se tinha infurecido hum pernicioso combate.

Pugnando huns delles para a interpretarem pelo espirito da Legislatura Romana, que respeitavão por força de educação ; por que a achavão recommendada pela Ordenação do Reino; e por que esta se não tinha por mim reprovado com palavras expressas nos titulos, em que dispoz sobre os Testamentos.

E pugnando outros pelo genuino sentido e verdadeiro espirito da minha sobredita lei, os quaes della se concluem, clara, e manifestamente ; vendo-se, que em lugar de ser dirigida a ampliar a faculdade illimitada de testar : e a aniquilar a successão legitima que he toda o espirito da dita Legislatura

---

(1) Vide Ord. deste liv. t. 80, e t. 94 pr. e nota (2) á pag. 947; assim como supra a mesma Lei de 1765.

(2) Vide sobre esta Lei os Alv. de 23 de Novembro de 1770, do 1º de Agosto de 1774, de 31 de Janeiro de 1775, Dec. de 17 de Julho de 1778, e Ass. de 20 de Julho de 1780, Alv. de 20 de Maio de 1796, e o Ass. de 21 de Julho de 1797.

Romana, muito pelo contrario foi por mim ordenada á restringir a *liberdade mal entendida de testar*; e a promover, sustentar a favor dos propinquos, aos quaes a razão natural, a caridade Christã, e a boa ordem das familias deferem as heranças.

Por quanto depois de tornar a ouvir sobre esta importante materia hum grande numero de Ministros do meu Conselho, e Dezembargo, de muito ajustada consciencia, muito doutos, e versados em todas as Leis divinas, e humanas, e muito zelosos do serviço de Deos, e meu, e do bem commum dos meus Vassallos; se assentou uniformemente por elles, que entre os mesmos Vassallos não poderia haver socego publico; nem entre as familias dos meus Reinos prosperidade alguma, que fosse consistente, em quanto eu não fizesse cessar o referido combate; e não fixasse para o remover a certeza da Jurisprudencia, que se deve observar nesta materia testamentaria, como o tinhão praticado as muitas outras sobreditas Nações illuminadas, cujas Leis me fizerão presentes; declarando eu, e ampliando para esse effeito a minha sobredita Lei de vinte e cinco de Junho de mil e setecentos sessenta e seis; de sorte que sustentasse as disposições testamentarias sem violencia da razão natural, e ordem das familias; sustentasse *as causas pias* tanto quanto o podia permittir a causa publica, que tambem he causa pia *superior* a todas, e quaesquer outras causas particulares; sustentasse a industria de meus Vassallos, animando-os com a maior liberdade, e segurança para disporem dos fructos dos seus honestos trabalhos, e louvaveis merecimentos, de sorte que sejão bem logrados; e sustentasse o antigo costume, que a Ordenação do Reino authorisou para a disposição das *Terças* na parte, em que he admissivel; modificando-o na outra parte, em que he nocivo, e contém abusos prejudiciaes á utilidade, e tranquillidade publica.

Com todas estas causas, e com á de estabelecer entre os habitantes dos meus Reinos, e dominios (em quanto he possivel) a paz, e a justiça, que constituem a felicidade dos povos, e a gloria mais sólida dos Reys; depois de me haver conformado com os sobreditos pareceres, usando do meu Regio pleno, e supremo poder, e da minha Real autoridade (1).

Quero, mando, e he de minha vontade ampliar, e declarar a minha sobredita Lei testamentaria na maneira seguinte:

(1) Vide Ass. de 20 de Julho de 1780, e Almeida e Sousa—*Fasciculo* to. 1 pag. 353, *Acç. Sum.* to. 2 pag. 121, 181, 189 e 199, *Dir. Emphy.* to. 1 pag. 158 e 162, *Morgados* pag. 154, *Notas á Mello* to. 3 pag. 75 e 436, e to. 4 pag. 33, 338 e 394, *Obrig.* pag. 174, e *Aval.* pag. 99.

§ 1 á 9 (1).

§ 10.—Com os exuberantes motivos da contemplação dos herdeiros legitimos para sustentar a successão natural, e ordem das familias; da mesma ordem das familias, e da mesma razão natural illustrada com os principios do bem commum da Sociedade Civil dos Vassallos destes meus Reinos, e dominios, que constituirão os sólidos fundamentos da sábia, providente, e saudavel Lei do senhor Rey D. Diniz, de pia, e gloriosa memoria, dada em Coimbra a vinte e hum de Março do anno de mil e duzentos noventa e hum, e de outras semelhantes Leis de amortisação, modernamente publicadas em Napoles, Milão, Parma, Veneza, Baviera e Lucca.

E considerando eu, que ao mesmo tempo, no qual pela lei nestes Reinos, e outros da Europa, tem regulado os pactos dotaes entre as familias da primeira Nobreza em conservação della são excluidas das legitimas paternas, e maternas as filhas, que pelos casamentos não morrem, mas tomão estado para viverem, e edificarem: não podia caber na boa razão, que os filhos, ou filhas, que pela profissão religiosa morrem para o mundo, tornem apparecer no mesmo mundo incompativelmente, para nelle inquietarem as familias de seus pais, e parentes.

Determino: que todos os Religiosos, e Religiosas, que professarem ainda naquellas Communidades, que podem possuir bens em commum, fiquem inteiramente excluidos, e excluidas; não só de serem herdeiros *ab-intestato*, mas tambem das heranças, e legitimas paternas, ou maternas, por que os direitos do sangue se julgarão a respeito de todos os sobreditos totalmente extinctos com os votos da profissão, pelos quaes os mesmos Religiosos, e Religiosas, renunciando o mundo, se apartão delle, quando entrão nas Ordens de suas respectivas filiações: Excitando, como excito, para estes effeitos a referida Lei promulgada pelo dito senhor Rey D. Diniz, em vinte e hum de Março do anno de mil dusentos noventa e hum.

Revogando a Ordenação do livro segundo titulo dezoito, com todas, e quaesquer outras Leis, disposições, e doutrinas nas partes, que permittem, e authorisão nos sobreditos Religiosos, e Religiosas, as successões, ou *ab intestato*, ou das heranças paternas e maternas; para que daqui em diante fiquem reputados, como se mortos fossem para o Mundo, nos actos das suas respectivas profissões.

(1) Os paragraphos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 já se achão contemplados no Decreto de 17 de Julho de 1778 á pag. 1038 e 1039.

Vide sobre o § 1 o Ass. de 5 de Dezembro de 1770, e sobre o § 4 os Ass. de 21 de Junho de 1777 e de 20 de Julho de 1780.

Vide tambem sobre os §§ 2, 4 e 6 Almeida e Sousa—*Aval.* pag. 98 e 104.

E os Magistrados, e Officiaes, que contra esta disposição julgarem, ou procederem, ou seja nos Foros contenciosos, ou seja nos autos de partilhas, ficarão por esses mesmos factos suspensos até novas mercês minhas; e pagarão em dobro ás partes os damnos, que lhes houverem causado. As acções pendentes em Juizo, ou fóra delle serão comprehendidas nesta geral sancção (1).

§ 11.—Com os mesmos exuberantes motivos declaro por absurdas, e abusivas as opiniões de todos os Doutores, que contra os votos Religiosos, e estado Ecclesiastico Regular, e Secular se animárão a defender, que os Religiosos, e Religiosas, ou os Sacerdotes seculares, podem succeder em Morgados, quando na instituição delles não ha clausulas de annexar a *Terça*, de usar das armas da familia, e outras semelhantes:

Devendo-se ter entendido muito pelo contrario não só que a pura, e simples instituição de Morgado he pela mesma natureza incompativel com o estado das ditas pessoas Ecclesiasticas; mas tambem que até as vocações expressas das referidas pessoas são nullas, e de nenhum effeito; por que nem pode verificar-se em taes pessoas o fim da conservação das familias; nem sustentar-se a dignidade temporal, que constituem os mesmos Morgados, para com ella poderem os seus Aministradores servir a minha Corôa, e Real Caza mais decorosamente; sendo estas as unicas razões, que fazem toleraveis dentro nestes meus Reinos os referidos Morgados, nos quaes aliás se contém verdadeiros monopolios, tão prejudiciaes ao Régio Patrimonio das Sizas, e outras disposições, que lhe fazem cessar, como ao commercio dos bens de raiz entre os meus Vassallos. E os Julgadores, que o contrario sentenciarem, ou seja por contravenção expressa; ou seja por interpretação desta Lei, incorrerão nas mesmas penas acima ordenadas (2).

§ 12.—Havendo sido tantas, e tão frequentes as queixas dos mesmos Vassallos contra a liberdade mal entendida de testar; ainda forão, e são, muito mais continuados, e muito mais pungentes os clamores, que tem soado no meu Real Throno contra a outra liberdade peor entendida, e mais prejudicial de se instituirem Capellas, gravando-se os predios urbanos, e rusticos, com Missas, e outros encargos pios, sem conta, sem pezo, e sem medida.

De sorte que foi justificado na minha Real presença: por huma parte, que são já tantos os sobreditos encargos de Missas, que ainda que todos os individuos existentes nestes Reinos em hum, e outro sexo fossem Clerigos, nem assim poderião dizer a terça parte das Missas, que constão das Instituições registadas nas Provedorias dos mesmos Reinos: em huma das mais pequenas das quaes (por exemplo) se acharão instituidas doze mil Capellas, e mais de quinhentas mil missas annuaes.

Por outra parte, que para se dissimular, e colorir a referida impossibilidade se affectão Bullas Millenares, que não existem, nem poderião existir sem o reprovado vicio de Simonia; e se fazem negociações sórdidas de flores, doces, e outras mercadorias a troco de Missas solicitadas para as fazerem girar as pessoas, que as buscão, depois de conseguidas.

Por outra parte, que assim fica sendo incomparavelmente menor o numero das almas beneficiadas com as Missas, que effectivamente se dizem, ou podem dizer, do que os das outras almas quasi innumeraveis, que se não aproveitão, nem podem aproveitar das outras Missas accumuladas, e suppostas, que não pode dizer-se: Por outra parte, que sendo licito no presente estado de desordem a qualquer proprietario de bens gravar as suas terras com os referidos encargos; tendo seu filho a mesma liberdade; e passando esta ao neto, bisneto, e mais descendentes; dentro em poucas gerações ficarão essas terras não só inuteis, mas molestas, e prejudiciaes á familia dos sobreditos Instituidores, a qual em lugar de receber beneficios dellas padecerá a vexação de ser executada pelos encargos insupportaveis dos referidos bens, que os ditos ascendentes houverem levado comsigo para a eternidade; e se chegará ao caso de serem as almas do outro mundo senhoras de todos os predios destes Reinos.

E pela outra parte, que este caso sendo muito triste, somente figurado, se acha já tão infelizmente succedido, que, se todos os encargos actualmente impostos se cumprissem, não bastarião para a satisfação delles todos os rendimentos das propriedades dos mesmos Reinos, sendo computados, e combinados arithmeticamente:

Supplicando-se-me que eu á vista de tão indispensaveis urgencias me servisse de pôr fim aos sobreditos absurdos; reformando o preterito, e precavendo o futuro com as competentes providencias; de excitar a Constituição decima quarta das Cortes Legislativas do Senhor Rey D. Affonso II, de explicar o art. 5 da terceira chamada *Concordia* do Senhor Rey D. Diniz; o outro art. 87 da tambem chamada *Concordia* do Senhor Rey D. João I; a quota, ou taxa da terça parte reservada no reinado do Senhor Rey D. Affonso V, para os Administradores das Capellas, que já então se achavão absorvidas pelos encargos, e a Ordenação do Reino, em que

(1) Vide Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 168, *Dir. Emphy.* to. 1 pag. 38, e *Notas á Mello* to. 8 pag. 246 e 247.

(2) Vide Almeida e Sousa—*Morgados* pag. 122, e *Notas á Mello* to. 3 pag. 246 e 277.

os nocivos Regulares, que na ultima Compilação della tiverão tantas e tão funestas influencias; fazendo-se desentendidos da escuridade de alguns daquelles Seculos e das perturbações de outros, pretenderão applacar os sobreditos clamores dos Povos espoliados, fazendo arbitrar aos ditos Administradores de Capellas a terça parte dos rendimentos dellas em lugar da quinta parte, que antes se lhes tinha reservado.

§ 13.— E sendo inseparaveis da alma, e independente soberania, que nas materias temporaes recebi immediatamente de Deos Todo Poderoso, o poder de regular as disposições dos bens dos meus Vassallos em commum beneficio; a obrigação de apartar do meio delles tantos, e tão grandes escandalos, e a protecção para os defender de todos os insultos estranhos, e domesticos: Sendo os sobreditos encargos excessivos não só impossiveis de cumprir, mas tambem a necessaria falta de cumprimento delles muito escandalosa.

E sendo os referidos gravames, e falta de satisfação delles, as manifestas causas das muitas, e muito lastimosas ruinas de hum grande numero de casas, e familias distinctas, que acabarão, como acabarião todas as que ainda restão, a não occorrer a minha Real providencia com hum prompto e efficaz remedio, que conserve a Nobreza no estado de me poder servir, e aos Povos os meios para supportarem as imposições publicas, que constituem os nervos das forças indispensavelmente necessarias para a defensa dos meus ditos Reynos, e dos Vassalos delles: Com todas estas, e outras causas; estabeleço a respeito das sobreditas Capellas o seguinte:

Quanto ao futuro.

§ 14.— A nenhum dos meus referidos Vassallos será permittido da publicação desta em diante; ou seja por disposição testamentaria; ou seja por doação *causa mortis*; ou seja por doação *inter-vivos*; ou seja por qualquer outro acto convencional; estabelecer Capellas, gravando com os encargos dellas, quaesquer que elles forem, os fundos de terras, ou quaesquer outros bens de raiz, que possuirem, de qualquer qualidade que sejão.

§ 15.— Todas as Capellas, que forem estabelecidas em outra qualquer fórma, que não seja a que acima tenho determinado, serão nullas, e de nenhum effeito, e os bens dellas passarão logo immediatamente sem o menor encargo ao parente mais proximo agnado, ou cognado, a quem por Direito deverião devolver-se, se mortos fossem os transgressores desta minha Real disposição.

Bem entendido, que nella comprehendo toda a qualidade de Capellas, sejão quaesquer que forem os Administradores, sem excepção alguma.

§ 16.— Por obviar a qualquer fraude, que contra esta saudavel, e necessaria providencia se possa intentar:

Mando debaixo das mesmas penas que se não possão fazer contractos para a instituição de Capellas por escriptos particulares, ainda que sejão daquellas pessôas a quem por Direito compete este privilegio; sendo indispensavel á fórma de Escriptura publica; e perdendo os Officios se forem Proprietarios, ou o valor delles, sendo Serventuarios, os Tabelliães, que nas suas Notas lavrarem instrumentos contrarios á disposição desta Lei. Na mesma pena incorrerão, se reconhecerem escriptos particulares contractados contra a indispensavel fórma acima estabelecida.

§ 17.— Não he porém da minha Real intenção prohibir, que as ditas Capellas sejão estabelecidas em certas quantias de dinheiro corrente, com tanto, que para isso preceda licença minha despachada pela Mesa do Dezembargo do Paço, a qual me fará presente por Consultas os requerimentos das partes, para eu confirmar os seus contractos em todo, ou em parte, segundo a exigencia dos casos, e as circumstancias, que nelles concorrerem.

§ 18 e 19 (1).

§ 20.—Não sendo as vontades dos Testadores, ou Instituidores particulares; mas sim o bem commum do Reino, e a utilidade publica da conservação dos Vassallos delle, que devem regular estes actos.

Mando, que os encargos até agora impostos nos referidos bens incapellados se entendão sempre *taxativos*, e não *demonstrativos*, ainda que as clausulas das Instituições determinem expressameute o contrario (2).

§ 21 (3).

§ 22.—Sendo-me presente que os paragraphos quinto, e sexto da Ordenação do livro quarto, titulo cem com os seguintes são inteiramente estranhos do espirito dos

---

(1) Estes paragraphos já se achão contemplados no Decreto de 17 de Julho de 1778 á pag. 1039.

(2) Vide o Ass. de 2 de Março de 1786.

(3) Este § já se acha impresso no Dec. de 17 de Julho de 1778 á pag. 1039, e com os §§ 18 e 19 forão de novo mandados vigorar pelo Alv. de 20 de Maio de 1796.

Vide sobre a doutrina deste § os Ass. de 29 de Março e de 5 de Dezembro de 1770, de 9 de Abril de 1772, de 21 de Julho de 1797, e de 8 de Junho de 1816, e Ord. deste liv. t. 82 § 1 nota (1) á pag. 912.

Consulte-se tambem Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 169, *Morgados* pag. 48, 71, 77 e 150, *Notas á Mello* to. 3 pag. 29 e to. 4 pag. 225 e 240.

louvaveis costumes, e Leis destes meus Reinos: e que havendo-se nelles introduzido com a ultima Compilação do anno de mil seis centos e dous pelo nocivos, e infestos Regulares, que nella he notorio, que tiverão a principal influencia, debaixo dos pretextos de conservarem separados os appellidos, e as Armas das familias distinctas para a conservação das suas memorias; forão na substancia, e na realidade ordenados a cortarem a mesma Nobreza o progresso do augmento das rendas, sem o qual não podião as Casas grandes, e distinctas, nem manter a sua decencia, ainda naquelles tempos de maior moderação, com o rendimento dos quatro mil cruzados, a que as reduzirão; e muito menos podem, nestes presentes tempos, sustentar com tão limitado rendimento a decencia necessaria para a si se conservarem, e a mim me servirem.

Determino, que da publicação desta em diante tudo que se acha disposto na sobredita Ordenação do livro quarto, titulo cem, desde o paragrapho quinto inclusivamente até o paragrapho final, se haja por não escripto, revogando, como revogo, todos os sobreditos paragraphos de meu *motu proprio*, certa sciencia, poder Real, pleno, e supremo.

§ 23.—Declaro, e estabeleço porem, que tendo as Instituições dos Morgados, que por effeito dos matrimonios se unirem, clausulas, que obriguem ao uso das Armas, e appellidos dos seus Instituidores, serão obrigados os respectivos Administradores a usar delles, e dellas debaixo da pena de passarem os vinculos, que se houverem unido aos immediatos successores delles, para assim se conservarem as benemeritas memorias dos primeiros fundadores dos referidos Morgados (1).

§ 24.—Estabeleço outro sim debaixo da mesma pena; que ainda nos casos, em que não houver as sobreditas clausulas, prefirão sempre no lugar dos escudos, e na ordem da letra dos titulos e assignaturas, os appellidos, e Armas dos Morgados (2), que no concurso de outros em huma só pessoa forem de mais importante, e consideravel rendimento.

§ 25.—Para obviar em beneficio do socego publico a todas as controversias, que sobre as successões, nomeações, devoluções e vacaturas dos Prazos vitalicios, e direito de renovação delles pela equidade chamada de *Bartholo*, costumão agitar-se, e podem recrescer no futuro: Fixando tambem a este respeito a certeza da Jurisprudencia, que se deve observar nos meus Reinos, e dominios: E declarando, e ampliando a esse fim o titulo trinta e seis da Ordenação do livro quarto (1).

Mando, que da publicação desta em diante se observe a sobredita Ordenação com as declarações, e ampliações seguintes.

§ 26.—Não sendo a dita equidade inventada por *Bartholo*, como se quiz suppor, mas sim estabelecida no Direito Natural, que não permitte que alguem se locuplete com grave jactura de terceiro: E verificando-se esta iniquidade em todos os casos, nos quaes havendo dispendido os Emphyteutas (por exemplo) dez, vinte, trinta, quarenta mil cruzados, e mais em humas ruinas, ou terreno bravio, e inculto, cujas propriedades valessem de principal cem, duzentos, tresentos, quatrocentos, ou quinhentos mil reis somente, quando se afforárão, succedessem fallecerem sem ascendentes, ou descendentes, e sem nomearem os ditos Emphyteutas, na primeira, ou segunda vida, que a fraqueza humana faz passar brevemente, e succeder ficarem assim os Senhorios directos lucrando todas aquellas despropocionadas despezas com mais que enormissimas lesões dos herdeiros legitimos dos mesmos emphyteutas; afim de que mais se não duvide em Juizo, ou fóra delle sobre a referida equidade.

Mando, que o mesmo que a sobredita Ordenação determina a favor dos descendentes e ascendentes não nomeados, se observe da mesma sorte a favor dos herdeiros transversaes *ab intestato*, em quanto os houver: E que só nos casos, em que os ditos emphyteutas fallecidos sem nomear não deixarem parentes até o quarto grão inclusivamente (contado conforme o Direito Canonico), se devolvão então os Prazos aos Senhorios directos, sendo aptos, e fiquem nelles a seu favor consolidados ambos os dous dominios.

O que, se observará, ficando aliàs em tudo mais a dita Ordenação sempre em seu vigor (2).

§§ 27, 28 e 29 (3).

Pelo que, mando, etc.

Dada no Palacio de Nossa Senhora da Ajuda, em 9 de Setembro de 1769. — *Com a assignatura de El-Rey, com guarda, e a do Ministro.*

---

(1) Vide Almeida e Sousa—*Morgados* pag. 131.
(2) Vide Almeida e Sousa—*Morgados* pag. 131.

(1) Vide Almeida e Sousa—*Dir. Emphy.* to. 3 pag. 88 e 357.
(2) Vide Almeida e Sousa—*Dir. Emphy.* to. 1 pag. 109 e to 3 pag. 88 e 357.
(3) Estes paragraphos já se achão contemplados no Decreto de 17 de Julho de 1778, a pag. 1040 e 1041. Consulte-se tambem sobre o § 27 Almeida e Sousa—*Dir. Emphy.* to. 1 pag. 123, *Notas á Mello* to. 2 pag. 358, 474: sobre o § 28 o mesmo Almeida e Sousa—*Notas á Mello* to. 2 pag. 358, e to. 3 pag. 453; e sobre o § 29, o referido Almeida e Sousa— *Dir. Emphy.* to. 1 pag. 243, *Notas á Mello* to. 3 pag. 453, *Obrig.* pag. 329 e o Ass. de 29 de Novembro de 1769.

ALVARÁ DE 23 DE NOVEMBRO DE 1770.

Declara o § 27 da Lei de 9 de Setembro de 1769, acerca dos matrimonios lesivos dos Viuvos (1).

Eu El-Rey, faço saber aos que este Alvará virem: que sendo-me presente em Consulta da Meza do Dezembargo do Paço a controversia, que se tem agitado sobre a pratica da minha Lei de nove de Setembro do anno proximo passado de mil setecentos sessenta e nove no paragrapho vinte e sete, em que na certa consideração do prejuizo, que os pais causavão nas legitimas dos filhos, passando a segundos, e terceiros casamentos, fui servido occorrer a elle com as providencias do Inventario, caução de indemnidade, e com as mais ordenadas na mesma Lei: Parecendo a alguns professores, que para terem lugar as ditas providencias era necessario que os viuvos houvessem contrahido com effeito os segundos casamentos, por entenderem assim as palavras—*Que casar segunda vez* da sobredita Lei.

E pugnando outros pelo genuino, e verdadeiro espirito della para se persuadirem, que em todos os casos, e muito especialmente naquelles, em que os patrimonios dos ditos viuvos, se compõem de dinheiro, peças de ouro e prata, e semelhantes moveis de facil distracção, não era necessario esperarem-se os effectivos matrimonios, mas que bastava se posessem os viuvos em acto proximo de os contrahirem, para logo se deverem applicar as referidas providencias; porque sendo aquelles bens de tão facil occultação, e descaminho, presumiveis nos pais, que abandonando o amor paterno, se deixão arrastar por paixões tão lesivas aos filhos, serião inuteis as providencias de huma Lei, que se dirigio a obviar aquelle prejuizo, se se applicassem depois que elle fosse huma vez inferido, e de se fazer por isso irremediavel.

Accrescentando-se, que nesta, e não outra devia ser a observancia da sobredita Lei, ainda nos outros casos, em que os patrimonios se compuzessem de bens da segunda, e terceira especie, porque só assim se poderia concordar a mesma Lei com a Ordenação do livro quarto, titulo cento e dous, paragrapho terceiro, que determina se não espere que a mãi passe com effeito a segundas nupcias; mas sim que antes de contrahir seja obrigada a pedir Tutor aos filhos, a quem os haja de entregar com os bens, que lhes tocão, sem fazer entre estes alguma differença, bastando que nella se verifique o intento de casar segunda vez para a dita Ordenação acautelar o prejuizo dos filhos, e de bens, ainda antes do effectivo matrimonio não havendo alguma boa razão, que possa persuadir diversa pratica na execução de duas Leis tão conformes no seu fim qual foi o da indemnidade dos filhos: principalmente não sendo da minha Real Intenção em huma, e outra Lei impedir os casamentos, nem estabelecer as sobreditas providencias em pena da sua contracção, que seria sómente o caso, em que se faria necessario esperar, se elles com effeito se contrahissem.

Representando-se-me em conclusão de tudo o referido, que para eu tirar toda a duvida, que podesse haver na execução, e pratica da dita minha Lei, estabelecer a sua uniforme, e verdadeira observancia, e fixar nesta materia a certeza da Jurisprudencia, de que dependem o publico socego, e a prosperidade das familias, se fazia indispensavel que eu fosse servido declarar a dita minha Lei na sobredita fórma.

E conformando-me com a dita Consulta, e com os pareceres de muitos outros Ministros do meu Conselho, e Dezembargo, que mandei ouvir sobre esta materia: sou servido aos ditos respeitos declarar o seguinte.

Declaro que no espirito do paragrapho vinte e sete da minha dita Lei de nove de Setembro de mil setecentos sessenta e nove se comprehendem os viuvos, nos quaes concorrerem as mesmas razões, com que fui servido precaver os matrimonios lesivos das viuvas.

Item. Declaro que para ter lugar o disposto no mesmo paragrapho vinte e sete da sobredita Lei, não he necessario esperar-se que os viuvos, ou viuvas celebrem com effeito os segundos, ou terceiros casamentos; mas que basta sómente se prove que elles, ou ellas os tem ajustado, para que os filhos, ou quaesquer outros seus parentes, possão requerer á Meza do Dezembargo do Paço, ou aos Magistrados, a que pertencer, as providencias; quanto aos viuvos da facção do inventario, e a caução da indemnidade; e quanto ás viuvas, que se achão ordenadas no paragrapho vinte e nove da sobredita Lei: Mandando, como mando, que assim se observe sem duvida, ou interpretação alguma a respeito dos bens de todas as especies acima referidas, concordando-se assim a disposição da dita minha Lei, com a Ordenação do livro quarto, titulo cento e dous, paragrapho terceiro, com o qual he conforme.

Pelo que mando, etc.

Lisboa 23 de Novembro de 1770.— *Com a assignatura de El-Rey.*

---

(1) Suspenso como foi pelo Decreto de 17 de Julho de de 1778 o § 27 da Lei de 9 de Setembro de 1769, este Alvará se acha nas mesmas condições, e sómente aqui o contemplamos para não deixar incompleto todo o systema da Legislação Josephina sobre testamentos e heranças, que he util consultar.

ALVARÁ DO 1º DE AGOSTO DE 1774.

Ordenando a exacta observancia das Leis de 25 de Junho de 1766 e de 9 de Setembro de 1769 acerca de heranças (1).

Eu El-Rey, Faço saber aos que este Alvará com força de Lei virem: Que sendo-me presentes em Consulta da Meza do Dezembargo do Paço, os enganos, e extorsões, que se tem feito aos herdeiros legitimos (a favor de quem se promulgárão as minhas saudaveis, e providentes Leis de vinte e cinco de Junho de mil setecentos e sessenta e seis, e de nove de Setembro de mil setecentos e sessenta e nove) por homens de profissões differentes, que vivem de negociações reprovadas, sem outro fundo, que não seja o de huma desordenada, e viciosa cubiça: Huns indo, ou mandando interpellar nos lugares das suas habitações aquelles herdeiros, a quem por effeito da providencia das mesmas Leis se defirirão as heranças legitimas, para lhas expilarem pelo meio de convenções dolosas, e lesivas com qualquer conveniencia, que lhes proponhão; as quaes os mesmos herdeiros facilmente aceitão, ou por huma total ignorancia dos negocios Forenses, ou intimidados com as difficuldades, e despezas, que se lhes affectão muito superiores ás suas forças:

De sorte que tem sido já tantas, e tão intoleraveis as lesões, que dellas tem resultado áquelles miseraveis, que ficarião na maior parte privados do beneficio das ditas Leis, e todo elle convertido em utilidade de tão improbos negociantes, se eu não fosse servido soccorrel-os tanto de futuro, como de preterito com a providencia já tomada contra os outros semelhantes expiladores das heranças dos que fallecem nos meus dominios Ultramarinos pela minha Lei de vinte e sete de Julho de mil setecentos sessenta e cinco (2):

Outros suggerindo, e estipulando convenções clandestinas, pelo meio das quaes recebem occulta, e confidencialmente importantes quantias de dinheiro debaixo das promessas, de Missas, e suffragios, conferidos para depois da morte, e em tudo dependentes da livre, e despotica vontade dos que se obrigão ao cumprimento dellas; sem haver authoridade publica que por huma parte possa convalidar semelhantes contractos, peccaminosos em si mesmos, como feitos em positiva desobediencia, e transgressão das Leis, que todos obrigão em hum, e outro Foro; e sem que pela outra parte deixem neste mundo as pessoas illudidas por semelhante modo quem tome contas do que, contra aquellas capciosas, e inefficazes promessas, deixarem de cumprir os que em utilidade sua extorquem estas illcitas convenções, ao mesmo tempo, em que não he verosimil, que os mesmos, que desobedecem ás Leis publicas por semelhante modo, sem o menor escrupulo, hajão de ser mais obedientes, e mais escrupulosos a respeito dos Leis das ditas convenções particulares, feitas com o pacto de ficarem occultas. E querendo eu occorrer a todos os sobreditos abusos, e extorsões (1):

E conformando-me com o parecer da dita Meza: sou servido ordenar aos sobreditos respeitos o seguinte.

Quanto ao futuro.

Prohibo absoluta, e indistinctamente todas as convenções, e contractos celebrados sobre as heranças, que por effeito da minha Lei de 9 de Setembro de 1769 § 21, se acham deferidas aos herdeiros legitimos: Ou as ditas convenções se celebrem por Escrituras publicas, e escriptos particulares, ou de outra qualquer fórma; debaixo das penas de nullidade dos ditos contractos, e do tresdobro do valor delles contra os sobreditos expiladores; applicados, a metade a quem os denunciar; e a outra metade em beneficio dos ditos herdeiros.

Item: Porque tem mostrado a experiencia não ser bastante nem a providencia da Ord. liv. 1 tit. 48 § 11; nem a pena nella imposta para fazerem cessar as convenções, e pactos chamados de *quota litis*, em que se estipulão quaesquer porções, ou quantias para o caso do vencimento das causas:

Prohibo todos os sobreditos pactos, e convenções, ou elles se celebrem com Advogados, Procuradores, ou com outras quaesquer pessoas: debaixo das penas de nullidade dos ditos pactos, e convenções: De trez annos de degredo para Angola, e de perpetua suspensão, e inhabilidade contra os Advogados: E de cinco annos de degredo para Angola contra os mais Procuradores, ou outras quaesquer pessoas, que forem estipulantes nas ditas convenções, por qualquer fórma que sejão celebradas.

Item: Porque sou informado, que em fraude das ditas minhas Leis de 25 de Junho de 1766, e de 9 de Setembro de 1769, tem sido tal a sacrilega temeridade de alguns Directores, e Conselheiros, que não podendo já extorquir os cabedaes dos meus Vassallos por via de disposições de ultima vontade; arrebatando-lhes os dinheiros em vida; e levando-lhos occulta, e furtivamente debaixo de confiança, lhes persuadem

(1) Vide Almeida e Sousa—*Execuç.* pag. 369, *Fascic.* to. 1 pag. 352 e 401, *Acç. Sum.* to. 2 pag. 98, e *Aval.* pag. 33.

(2) Este Alvará providencia sobre a bôa arrecadação dos bens dos fallecidos nos Dominios Ultramarinos, como então erão o Brazil, a Africa, e a India, etc.

(1) Vide Almeida e Sousa—*Execuç.* pag. 359.

com estes dolosos fins do seu proprio interesse, que vendão os bens, que administrão com o objecto de transportarem o producto delles para as casas das suas respectivas habitações, debaixo dos apparentes pretextos de estabelecimento de Capellas, ou de outras disposições pias: Reduzindo na sobredita fórma a inuteis as saudaveis providencias das referidas Leis:

Ordeno, que contra estes fraudulentos usurpadores do cabedal alheio tenhão sempre devassa aberta; em Lisboa, o Corregedor do Crime da Corte, e Caza; e nas Provincias, os Corregedores das Comarcas; estes para remetterem as devassas, em que houver culpados, á Relação do districto; e aquelle para as sentencear na Caza da Supplicação com os Ajuntos, que o Cardeal Regedor lhe nomear.

E os Réos destas usurpações, sendo leigos, serão castigados com pena de confiscação de seus bens, e de degredo por toda a vida para Angola; e sendo Ecclesiasticos Seculares, ou Regulares, com a desnaturalisação de meus Reinos, e Dominios.

Dando conta os respectivos Relatores á Meza do Dezembargo do Paço com hum extracto da prova, que contra elles houver, para por ella se lhes declarar, e mandar intimar a dita pena.

Item: Para que se possa vir no conhecimento destas extorsões clandestinas, e occultas: Ordeno, que se admittão, e tomem denuncias em segredo. E aos denunciantes, que as derem, e provarem:

Faço mercê de ametade dos cabedaes denunciados: os quaes depois de serem julgados perdidos, ou lhes poderão ser adjudicados pelos ditos Juizes nas Sentenças que proferirem sobre as ditas denuncias; ou particularmente entregues em segredo de Justiça: Applicando-se a outra ametade ao Cofre das Obras publicas de Lisboa.

Item: Mando, que toda a pessoa de qualquer estado, e condição que sabendo-se commettem as ditas fraudes, não as delatar em Juizo:

Sendo Nobre, perca a Nobreza, que tiver, e seja degradado por seis annos para Angola: Sendo Ecclesiastico, seja desnaturalisado dos meus Reinos, e Dominios: E sendo peão, seja publicamente açoutado, e degradado por dez annos para as ilhas de Cabo-Verde.

Item: Considerando, que depois de serem por effeito daquellas clandestinas, e simuladas convenções huma vez reduzidos os bens de raiz a moeda corrente, he a distracção desta de prova difficilima:

Mando, que nenhuma pessoa, de qualquer estado, e condição que seja depois de haver cumprido a idade de sessenta annos, possa vender, ou de qualquer modo alheiar bens estaveis, e permanentes, que excedão o valor de quatrocentos mil réis, em prejuizo dos herdeiros legitimos até o quarto grão, sem causa justa, e approvada pela Meza do Dezembargo do Paço, ouvidos os herdeiros legitimos: Debaixo da pena de nullidade das vendas, e alheiações feitas de outra fórma.

Desta geral determinação exceptuo em primeiro lugar as vendas necessarias, que se fizerem em Praça para pagamento de dividas, verificada a prova legal da verdade dellas. Havendo porém herdeiros legitimos que se offereção a provar *incontinente*, que as ditas dividas são fantasticas; que forão contrahidas em fraude das ditas Leis; contra a prohibição desta, e em prejuizo delles herdeiros: O Juiz da execução os admittirá no improrogavel termo de oito dias á prova do referido, e deferirá, segundo o merecimento della.

Exceptuo em segundo lugar as Doações *entre vivos*, que forem feitas a pessoas conjunctas, e daquellas, que pela disposição das ditas Leis succederião ao Doador, se morresse intêstado: Havendo assim por declarada nesta parte a dita Lei de 9 de Setembro de 1769.

Quanto ao preterito.

Attendendo ás enormissimas lesões, com que se tem feito os sobreditos contractos acima prohibidos, para se illudirem, e prejudicarem os herdeiros interessados nas heranças, que fizerão os objectos do paragrapho vinte e hum da referida minha Lei de 9 de Setembro de 1769: Estabeleço que este Alvará seja comprehensivo de todos os casos preteritos para os declarar, como declaro por nullos, e de nenhum effeito, e por incapazes de prestarem algum impedimento aos interessados nas ditas heranças para as receberem, e sem embargo de quaesquer processos pendentes, ou sentenças; salvo sómente ás partes contractantes o direito, que tiverem para serem indemnisadas, do que plenamente provarem em processos separados, que dispenderão, ou em emprestimos de dinheiro effectivamente feitos aos herdeiros, ou em despezas na sobreditas cousas, contadas pelos autos dellas por dous Contadores peritos.

Item: Ordeno, que seja igualmente comprehensivo este Alvará de todas as referidas extorsões de dinheiros, que se tiverem effectuado depois da promulgação das referidas minhas Leis, debaixo de pretexto de Capellas, ou de outras disposições pias: Admittindo-se tambem a respeito dellas as denuncias, verificando-se os mesmos premios aos denunciantes, que descobrirem as ditas extorsões; e as mesmas penas serão executadas contra os que, sabendo que as houve, não as denunciarem:

Concedo porem benignamente o termo de dous mezes, contados do dia da publicação deste, aos que taes contractos houverem celebrado, para os retractarem.

Porem sendo passado o referido termo, pagarão em dobro as quantias, sobre que houverem contractado, para serem applicadas na sobredita fórma; e serão degradados para o Brazil por tempo de seis annos: E sendo Ecclesiasticos, serão desnaturalisados de meus Reinos, e dominios.

E este se cumprirá tão inteiramente, como nelle se contem.

Pelo que mando, etc.

Dado no Palacio de Nossa Senhora da Ajuda, ao 1.º de Agosto de 1774.— *Com a assignatura de El-Rey.*

ALVARÁ DE 31 DE JANEIRO DE 1775.

Concedendo o poder-se testar a favor da Mizericordia de Lisbôa de ametade dos bens herdados, e dos adquiridos; e para que a mesma não dê dinheiros a juro (1).

Eu El-Rey, faço saber aos que este Alvará de declaração, e ampliação virem: Que havendo eu pela minha providente e saudavel Lei de 9 de Setembro de 1769 occorrido ao pernicioso abuso, que se havia feito da liberdade illimitada, e mal entendida de testar, restringindo-a para promover a successão legitima a favor dos propinquos; as quaes a razão natural, a caridade christã, e a boa ordem das familias defferem as heranças; de sorte que sustentasse as disposições testamentarias sem violencia da mesma razão natural, e ordem das familias, e ao mesmo tempo sustentasse as causas pias tanto, quanto o podia permittir a Causa publica, que não só he pia, mas superior a todas, e quaesquer outras causas particulares:

Fui servido determinar pelos paragraphos sexto, e setimo da sobredita Lei, que ninguem podesse dispôr a titulo de legados pios, ou bens da alma de mais do que da terceira parte da terça dos seus bens, de tal fórma, que nunca excedesse a quantia de quatro centos mil reis. E ainda que exceptuando pelo paragrapho oitavo da mesma Lei da referida geral restricção os legados deixados ou ás Cazas de Mizericordia, ou aos Hospitaes para dotes de Orfãos, cura de enfermos, e sustentação de Expostos; ou a Escolas, e Seminarios de creação, e educação da Mocidade; permitti que estes legados valessem, cabendo na terça, até a quantia de oitocentos mil reis, considerando tambem, que havendo eu concedido pela disposição do paragrapho terceiro da sobredita Lei, que os Testadores, que não tiverem parentes dentro do quarto grão, possão livremente dispôr da metade dos bens hereditarios, e de todos, os adquiridos como bem lhes parecer, devendo ser a disposição a favor de estranhos.

(1) Vide Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 2 pag. 181.

E havendo eu sido ultimamente informado, de que os rendimentos da Santa Caza da Mizericordia de Lisbôa não são tôdos os competentes ás pias, e indispensaveis despezas das suas urgentes repartições; e tendo dado em auxilio dellas, na mesma data deste, outras caritativas providencias:

Hei por bem accrescentar a ellas as seguintes.

Todos os Testadores, que não tiverem parentes dentro do quarto grão; assim como podem livremente dispôr da metade dos bens hereditarios, e de todos os adquiridos como bem lhes parecer; da mesma sorte poderão dispôr dos ditos bens; ou por Testamento, e ultima vontade; ou por Doação *entre vivos*, a favor da sobredita Caza da Mizericordia, e dos Hospitaes della; para cura de Enfermos; sustentação de Expostos, dotes de Orfãos, e visitas de viuvas recolhidas. O que, ordeno, que tenha lugar; não só a respeito da ametade dos bens hereditarios, mas tambem de todos os que aliás houvessem de pertencer aos parentes, por quanto achando-se já fóra do quarto grão, se devem considerar estranhos na concorrencia de causas tão pias, como as sobreditas.

Para evitar porem toda a fraude, e obviar em beneficio do socego publico todas as controversias, que por obito dos Testadores, ou Doadores se possão cogitar pelos herdeiros, e legatarios; se recorrerá nestes casos a mim pela Meza do Dezembargo do Paço, para que depois das competentes informações, ouvidos os herdeiros *ab intestado*, posto que fóra do quarto grão, se me consulte, para lhes deferir, confirmando as referidas disposições em todo, ou em parte, conforme as circumstancias de cada hum dos casos occorrentes.

Por quanto entre os bens deixados, ou doados á sobredita Mizericordia, e Hospitaes della, pode haver alguns, que se não possão reter sem faculdade minha.

Para os possuirem por mais tempo, do que o determinado pela Lei do Reino: Hei por bem (por puros movimentos da minha Regia piedade), que possão conservar no seu dominio:

Primeiramente: Padrões de Juro em qualquer dos Almoxarifados, e Alfandegas destes Reinos: Em segundo lugar, propriedades de casas na cidade de Lisbôa, salvo porem sempre o subsidio Militar da decima das que se alugarem como tão indispensavelmente necessario para a conservação, e defeza dos

mesmos Reinos. E ordeno, que sendo vendidos dentro do anno, e dia todos os mais bens de raiz de outra natureza, se empreguem os productos delles em terrenos da mesma cidade, e edificações nelles; para a sobredita Mizericordia, e Hospitaes ficarem possuindo, na mesma conformidade acima declarada, as casas por ella, e elles erigidas.

Pelo o que pertence porem a todas as sobreditas novas, e futuras acquisições, se me pedirão para todas, e cada huma dellas novas licenças pela Meza do Dezembargo do Paço, para mas consultar; e sem ellas precederem, se não poderão pôr Apostillas nos Padrões, nem haver por dispensada a Lei a respeito das propriedades de casas: Para que assim fique obviado o inconveniente de virem pelo decurso dos tempos a exceder estas minhas dispensas os limites do que fôr justo, e necessario.

Considerando eu, que o contracto de dinheiro a lucro, sendo prohibido por hum, e outro Testamento, e só tolerando em beneficio do Commercio, que não he compativel com a naturesa, e exercicios de huma Caza tão pia, e devota, como he a sobredita Mizericordia, que não pode, nem deve negociar; alem dos outros inconvenientes, que a experiencia tem mostrado que são inseparaveis de semelhantes emprestimos: Prohibo, que da data deste em diante haja de sahir dos Cofres de lá dinheiro algum emprestado a pessoas particulares para vencer os interesses vulgarmente chamados *Juros*; debaixo da pena de reporem pelos seus proprios bens os Officiaes das Mezas, que taes emprestimos fizerem, as quantias delles nos Cofres, donde sahirem, cobradas verbal, e executivamente por officio do Juiz das Causas da mesma Mizericordia.

Pelo que mando, etc.

Dado em Salvaterra de Magos em 31 de Janeiro de 1775.—*Com a assignatura de El-Rey, e a do Ministro.*

ALVARÁ DE 20 DE MAIO DE 1796.

Instaurando e ampliando os paragraphos 18,19 e 21 da Lei de 9 de Setembro de 1769 ácerca de ultimas vontades, cuja execução tinha sido suspensa pelo Decreto de 17 de Julho de 1778 (1).

Eu a Rainha: Faço saber aos que este Alvará com força de Lei virem: Que havendo eu mandado suspender, pelo Decreto de dezesete de Julho de mil setecentos setenta e oito, a observancia, e execução de algumas Leis, e entre ellas a Legislação dos paragraphos dezoito, dezenove, e vinte e hum da Carta da Lei de nove de Setembro de mil setecentos sessenta e nove pelas duvidas, e motivos, que então se excitárão, e me forão presentes: Tendo mandado considerar esta importante materia, com reiterados exames, e averiguações pelas pessoas mais graduadas, e mais doutas, assim na sã Theologia, como na Jurisprudencia Canonica, e Legal, e na Economia Civil, e Politica, que votárão, fundados em principios solidos, e irrefragaveis, que effectivamente não só se restituisse, e instaurasse a observancia dos ditos paragraphos, desprezando as duvidas, e motivos frivolos, e inconsequentes, pretextados em principios escuros, e erroneos, que moverão a dita suspensão; mas que antes deveria a Legislação dos ditos paragraphos ser mais energicamente determinada, declarada, e addicionada, na conformidade do espirito, e fim da Lei, para que cessassem as muitas duvidas, e questões, que se tem excitado depois do dito Decreto da suspensão, e se evitassem as que de futuro se podião excitar sobre a intelligencia dos mesmos ditos paragraphos suspensos: Sou servida, conformando-me com tantos, tão solidos, e tão dignos votos, coherentes com a justiça, e magestade da Lei, instaurar, a Legislação dos ditos paragraphos com as expressões e addições proprias, que approvei na maneira seguinte (1):

§ 18, 19 e 21 (2).

Pelo que mando, etc.

Dado no Palacio de Queluz, em 20 de Maio de 1796. — *Com a assignatura do Principe, com guarda.*

ALVARÁ DE 24 DE OUTUBRO DE 1814.

Manda pôr em execução as providencias a bem dos Orphãos desamparados, estabelecidas no Regimento dos Juizes dos mesmos (3).

Eu o Principe Regente, Faço saber aos que o presente Alvará com força de Lei virem, que tendo-me sido presente em Consulta da Meza do Dezembargo do Paço, tomada sobre outra do Senado da Camara de Lisbôa, quanto era necessario, conveniente, e util ao bem do meu Real Serviço, e conforme á causa da humanidade, soccorrer as pessoas miseraveis dos Orphãos daquella Capital, que vivião desamparadas por falta de providencias capazes de se lhes dar por meio dellas huma bôa educação, a fim de que chegados á maiori-

(1) Vide os Ass. de 8 de Junho e de 14 de Julho de 1816, e de 11 de Abril de 1829.

(1) Vide Almeida e Sousa—*Acç. Sum.* to. 1 pag. 169 *Dir. Emphy.* to. 1 pag. 158 e *Morgados* pag. 71 e 78.

(2) Já se achão impressos no corpo do Dec. de 17 de Julho de 1778 á pag. 1039.

(3) Vide Ord. deste liv. t. 102 rub. e nota (2) á pag. 994.

dade podessem ser uteis a si, e ao Estado, e não viessem por falta de cuidado e amparo de suas pessoas na idade em que são mais perigosas as paixões, e mais proximos os perigos, a ser Cidadãos não só inuteis a si, mas até perniciosos á sociedade.

Representando-se-me outrosim nas mesmas Consultas, que tendo-se procedido a averiguações e informações, que subirão tambem á minha Real presença, constara que não havia fundos nenhuns publicos destinados á manutenção dos Orphãos desamparados, nem casa ou Collegio publico onde se doutrinassem; e que de todas as providencias de que se lembrarão os informantes, nenhumas erão tão sabias, e apropriadas, como as que se achavão estabelecidas no Regimento dos Juizes dos Orphãos no qual se acautelou, e prevenio tudo o que podia ser conducente á tão util fim, e que pondo-se em pratica as sobreditas disposições, e as que estavão estabelecidas na Ordenação do liv. 4 tit. 102 e 103, confiando-se a hum Magistrado de consideração e inspecção da Causa dos Orphãos, o qual fizesse pôr em effectiva execução as maximas tão acertadas que a experiencia de longos annos mostrou serem as mais adequadas, e erigindo-se de novo o Estabelecimento da Casa Pia, que tão proveitoso tinha sido, se conseguiria o melhor arranjamento, commodidade, e educação dos Orphãos desamparados.

E tomando em consideração todo o referido, e a importancia desta materia de tão serias consequencias para felicidade individual destes miseraveis privados do abrigo e educação paterna, e para a prosperidade geral do Estado, que em grande parte depende da moral, e costumes, e instrucção publica, e particular de cada hum dos seus membros: e dezejando dar providencias adaptadas ao objecto de tanta consideração, conformando-me com a sobredita Consulta, e com o parecer dos Governadores do Reino, e de outras pessoas doutas e zelosas do meu Real Serviço.

Sou servido determinar o seguinte:

I. Por-se-ha em effectiva execução pelas authoridades competentes, e a quem toca a determinação do Regimento dos Juizes dos Orphãos em geral, e muito especialmente no que diz respeito ao cuidado de suas pessoas, e applicando-se a disposição do § 12 delle ao que se acha disposto na Ord. do liv. 4 tit. 102 e 103, compensando-se assim aos Tutores as despezas que fizerem com os Orphãos, de que não levavão paga.

II. Instaurar-se-ha a Casa Pia do Castello destinando-se-lhe as rendas que antigamente tinha, sendo possivel, e ajuntando-se as do Collegio dos Meninos Orphãos da Mouraria, que he o unico Estabelecimento desta natureza que se póde unir, tendo os outros certas e apropriadas applicações, para ser tudo regido a fim de recolher, manter, e educar os Orphãos miseraveis, conforme as suas qualidades e aptidão que tiverem.

III. Para cuidar na inspecção de todos os Orphãos ricos e pobres, e para fazer executar prompta e exactamente o Regimento, e mais Ordens relativas a este objecto com as providencias competentes: Sou servido nomear Provedor Mór dos Orphãos, hum dos Desembargadores do Paço, que eu houver por bem designar, o qual proporá em Meza tudo o que julgar conveniente a bem da manutenção, ensino, accommodação, administração, e segurança dos bens dos mesmos Orphãos, e dos Estabelecimentos publicos acima referidos, pondo-se logo em execução as providencias que forem approvadas, ou consultando-se-me, sendo necessario, as que de novo occorrerem, e se julgarem uteis, a fim não só de se fazerem executar as disposições já estabelecidas, mas tambem quanto de novo poder melhorar a sorte e condição dos Orphãos desamparados, e que mais quadrar ás circumstancias.

IV. Para conseguir-se tão util fim se dirigirão ao dito Desembargador do Paço os Ministros respectivos, recebendo delle as insinuações e determinações que convierem a melhorar a sorte destes desamparados Cidadãos; e os Juizes dos Orphãos lhes remetterão até ao fim de cada hum anno á vista do livro determinado pelo paragrapho terceiro da Ord. do liv. 1 tit. 88, e das averiguações que devem fazer, relações individuaes do estado da pessoa, bens, e de tudo o mais que pertencer aos Orphãos do seu districto, com as observações que parecerem necessarias e convenientes.

V. Sendo summamente prejudicial á honestidade, e bom comportamento das Orphãs o serem depositadas em Cadêas publicas: Prohibo, que daqui em diante os Juizes dos Orphãos prendão as desacommodadas com o pretexto de estarem recatadas nestes depositos até se tornarem a accommodar, devendo entretanto serem recolhidas na Casa Pia, onde se darão áquelle trabalho que fôr proporcionado á sua idade, força, e comprehensão.

VI. Nas Cidades, Villas, e Conselhos em que não houver deposito publico como em Lisbôa, e no Porto, o Cofre de trez chaves determinado pela Ordenação do liv. 1 tit. 88 § 31, se guardará daqui em diante, não em poder dos Depositarios, mas no lugar mais forte e seguro que houver para evitar os descaminhos a que de outro modo ficará sujeito.

VII. Para animar a caridade, e humanidade daquelles dos meus Vassallos que se propozerem a criar e amparar algum

Orphão sem vencer estipendio, e o mandar ensinar a lêr e escrever nas Villas e Cidades: hei por bem que o possa conservar até a idade de 16 annos, sem pagar-lhe soldada, sendo tambem licito offerecer no alistamento e sorteamento em lugar de algum seu filho sorteado, observando os Capitães Móres este privilegio religiosamente.

VIII. Convindo que os Juizes dos Orphãos dessa Cidade e Termo tenhão idade, estado, e experiencia para bem reger a pessoa e bens dos Orphãos sem os prejuizos, e descaminhos que do contrario se seguem: Sou servido que daqui em diante sejão nomeados para Juizes dos Orphãos de Lisbôa e seu Termo por trez annos Dezembargadores da Caza da Supplicação aptos e zelosos entre os Extravagantes modernos, sendo-me propostos em consulta do Senado da Camara, como até agora erão os Bachareis.

Pelo que mando, etc.

Dado no Palacio do Rio de Janeiro em 24 de Outubro de 1814. — PRINCIPE, com guarda. — *Marquez de Aguiar.*

LEGISLAÇÃO BRAZILEIRA

AVISO n. 269 — DE 26 DE SETEMBRO DE 1835.

Declarando estarem sujeitos ao imposto da Siza as escripturas de distracto, e entrega dos bens de raiz(1).

Respondendo ao Inspector da Thesouraria da Provincia de Minas Geraes, que pelas disposições dos Alvarás de 4 de Setembro de 1810 e 5 de Maio de 1814, he devida a Siza que se exige do contracto, constante da Escriptura de 5 de Janeiro de 1813, do distrato e entrega de bens que fizerão o Capitão Luiz Cardoso da Camara, e Dr. José de Sá Bittencourt a D. Maria Izabel de Sá Bittencourt; porque, estando os compradores José de Sá e Luiz Cardoso, em virtude daquelle primeiro Alvará que revogou a Ord. liv. 4 tit. 5 § 2, com o pleno e irrevogavel dominio dos bens que tinhão comprado pela anterior Escriptura de 1 de Fevereiro de 1790, de maneira que só tinhão a obrigação de pagar o preço estipulado, sem poderem ser mais constrangidos a entregar os ditos bens comprados a falta de pagamento, assim como só tinha a vendedora a acção pessoal para pedil-o, sem poder pretender a cousa vendida ; e entregando elles em taes circumstancias os mesmos bens, de sua livre vontade, por haverem faltado ao pagamento do dito preço, he sem duvida que outra cousa não fizerão pelo chamado distracto e entrega de bens, constante da sobredita Escriptura de 5 de Janeiro de 1813, se não huma verdadeira dação *in solutum*, das quellas que o referido Alvará de 5 de Maio de 1814 sujeitou ao pagamento da Siza, ainda que fossem anteriores a elles, huma vez que fossem posteriores á publicação do Alvará de 3 de Junho de 1809, e por isso o dito Inspector deve mandar proseguir na demanda do pagamento, recorrendo-se aos meios judiciaes sendo preciso.

(1) Vide supra Ord. deste liv. t. 5 § 2 e nota (3), e o Alv. de 4 de Setembro de 1810 á pag. 1019.

LEI DE 28 DE AGOSTO DE 1830.

Regula a maneira de dar patentes e premios aos inventores e introductores de qualquer industria no Paiz (1).

D. Pedro I, etc. Fazemos saber a todos os nossos subditos que a Assemblea Geral decretou e nós queremos a lei seguinte :

Art. 1.° A lei assegura ao descobridor ou inventor de huma industria util a propriedade e o uso exclusivo da sua descoberta ou invenção.

Art. 2.° O que melhorar huma descoberta ou invenção tem no melhoramento o direito de descobridor ou inventor.

Art. 3.° Ao introductor de huma industria estrangeira se dará hum premio proporcionado á utilidade e difficuldade da introducção.

Art. 4.° O direito do descobridor ou inventor será firmado por huma Patente, concedida gratuitamente, pagando só o sello e o feitio ; e para consegui-la :

I. Mostrará por escripto que a industria a que se refere he de sua propria invenção ou descoberta.

II. Depositará no Archivo Publico huma exacta e fiel exposição dos meios e processos de que se servio, com planos, desenhos ou modelos que os esclareça, se sem elles, se não poder illustrar exactamente a materia.

Art. 5.° As Patentes se concederão segundo a qualidade da descoberta ou invenção por espaço de 5 até 20 annos : maior prazo só poderá ser concedido por Lei.

Art. 6.° Se o Governo comprar o segredo da invenção ou descoberta fa-lo-ha publicar;

(1) Vide Ord. deste liv. t. 11 pr. e nota (4), assim como supra os Alv. de 27 de Novembro de 1804 e de 4 de Março de 1819 a pag. 1020 e 1022.

no caso porem de ter unicamente concedido patente, o segredo se conservará occulto até que expire o prazo da patente. Findo este he obrigado o inventor ou descobridor a patentear o segredo.

Art. 7.º O infractor do direito de patente perderá os instrumentos e productos; e pagará, alem disso, huma multa igual a 10ª parte do valor dos productos fabricados e as custas, ficando sempre sujeito a indemnisação de perdas e damnos. Os instrumentos e productos, e a multa serão applicados ao dono da patente.

Art. 8.º O que tiver huma patente poderá dispôr della como bem lhe parecer, usando elle mesmo ou cedendo-a a hum ou a mais.

Art. 9.º No caso de se encontrarem dous ou mais, nos meios por que tenhão conseguido qualquer fim, e coincidindo ao mesmo tempo em pedir a patente, esta se concederá a todos.

Art. 10. Toda a patente cessa e he nenhuma:

I. Provando-se que o agraciado faltou a verdade ou foi diminuto, occultando materia essencial na exposição ou declaração que fez para obter a Patente.

II. Provando-se ao que se diz inventor ou descobridor que a invenção ou descoberta se acha impressa e descripta tal qual elle a apresentou como sua.

III. Se o agraciado não poser em pratica a invenção ou descoberta, dentro de 2 annos depois de concedida a patente.

IV. Se o descobridor ou inventor obteve pela mesma descoberta ou invenção patente em paiz estrangeiro. Neste caso porem terá, como introductor, direito ao premio estabelecido no art. 3º.

V. Se o genero manufacturado ou fabricado fôr reconhecido nocivo ao publico ou contrario ás Leis.

VI. Cessa tambem o direito de patente para aquelles que, antes da concessão della, usavão do mesmo invento ou descoberta.

Art. 11. O Governo fica autorisado a mandar passar as patentes, conformando-se com a disposição da presente Lei, sendo sempre ouvido o Procurador da Corôa, Fazenda e Soberania Nacional.

Art. 12. Ficão revogadas todas as Leis e disposições em contrario.

Mandamos, portanto, etc.

Dada no Palacio do Rio de Janeiro, aos 28 do mez de Agosto de 1830, 9º da Independencia e do Imperio.— IMPERADOR com rubrica e guarda.— *Visconde de Alcantara.*

AVISO DE 15 DE DEZEMBRO DE 1831.

Sobre a liberdade de uma escrava (1).

A Regencia, em nome do Imperador, manda remetter a V. S. o requerimento incluso de Eugenia, crioula, escrava que foi fallecido Antonio Pinto da Silva, queixando-se do exorbitante preço que sua actual senhora exige para a libertar, afim de que, attentas as differentes Cartas Regias que mandão em taes casos attender a sorte dos escravos, procure primeiro por meios pacificos obter o consentimento da senhora para a libertar, e quando o não possa conseguir, sendo depositada, faça-o conseguir nos termos da Lei, prestando á mesma supplicante toda a protecção que a humanidade e as mesmas Leis outorgão.

Deos guarde a V. S.

Paço, em 15 de Dezembro de 1831.— *Diogo Antonio Feijó*—Sr. Antonio Augusto Monteiro de Barros.

AVISO n. 263—DE 25 DE NOVEMBRO DE 1852.

Declarando o modo porque se deve proceder à respeito dos escravos que deposerem em Juiso contra seus senhores (2).

Illm. e Exm. Sr.—Levei ao conhecimento de S. M. o Imperador o officio que V. Ex. me dirigio em 29 de Abril proximo preterito, sob n. 41, e documentos a elle juntos, expondo os motivos por que mandára depositar, até ulterior deliberação do Governo Imperial, não só os cinco escravos do Negociante dessa praça Antonio Gonçalves Carneiro, que tinhão deposto em Juizo contra o dito seu senhor, como tambem uma escrava de Fernando Ortiz, da cidade de Pelotas, por igual motivo.

Foi o mesmo Augusto Senhor servido, depois de ser ouvido o Conselheiro Procurador da Corôa, mandar que a Secção de Justiça do Conselho de Estado consultasse com o seu parecer ácerca de semelhante objecto, e ordenar a final que todos os referidos papeis fossem presentes ao mesmo Conselho de Estado: e conformando-se S. M. o Imperador, pela sua immediata e Imperial Resolução de 20 do corrente mez, com o parecer do referido Conselho de Estado, manda declarar a V. Ex. que não ha Lei alguma que, na hypothese figurada, permitta privar os senhores da propriedade de seus

(1) Vide Ord. deste liv. t. 11 § 4 nota (1) a pag. 790, assim como a Provisão de 29 de Novembro de 1779 a pag. 1022.

(2) Vide nota precedente.

escravos; se porém existem razões para suspeitar-se que os senhores dos escravos de que se trata estão dispostos a abusar do direito que lhes confere ás Leis, de castiga-los moderadamente, pretendendo commetter algum crime, cumpre que V. Ex. ordene ao Chefe de Policia dessa Provincia que no acto de lhe serem entregues os escravos, os obrigue a assignar termo de segurança, recommendando ao mesmo tempo ao dito Chefe de Policia o maior zelo e vigilancia na sua observancia e fiel execução; e que se apesar disso os senhores violarem o termo praticando sevicias contra os escravos, incorrendo assim nas penas estabelecidas, lhe deverão ser estas impostas; além de que os factos das sevicias dará aos escravos o direito de intentarem contra os senhores a acção que lhes compete, afim de obrigal-os a que os vendão. O que communico a V. Ex. para sua intelligencia, e expedição das convenientes ordens.

Deos Guarde a V. Ex.—*José Ildefonso de Souza Ramos*—Sr. Vice-Presidente da Provincia do Rio Grande do Sul.

Communicou-se esta decisão aos Presidentes das demais Provincias.

AVISO n. 388 — DE 21 DE DEZEMBRO DE 1855.

Declara a maneira por que deve proceder o Juiz dos Orphãos, quando no acto de se vender em hasta publica hum escravo pertencente á varios herdeiros se apresentar hum licitante a offerecer o preço de sua avaliação para liberta-lo (1).

Illm. e Exm. Sr.—Levei ao conhecimento de S. M. o Imperador o Officio de V. Ex. n.º 302 de 25 de Outubro do corrente anno, acompanhando o do Juiz de Orphãos Supplente de Silveiras, nessa Provincia, no qual communica que, no acto de ser vendida em hasta publica, huma escrava pertencente a varios herdeiros que convierão na venda, havendo-se apresentado hum licitante a offerecer o preço de sua avaliação para liberta-la, o Juiz dos Orphãos resolvera mandar pôr em deposito a referida quantia, e consultara a cerca do procedimento que deve ter.

E por que V. Ex. no seu dito Officio, submette á decisão do Governo a questão, que reputa grave, e na qual são divergentes as opiniões, o mesmo Augusto Senhor, ouvindo o parecer do Conselheiro Procurador da Corôa, e attendendo a resposta do Juiz de Direito da Capital dessa Provincia, que V. Ex. por copia tambem remetteo, houve por bem decidir, que não devia o Juiz dos Orfãos Supplente de Silveiras suspender a praça, podendo sómente admittir o lanço da escrava em beneficio de sua liberdade, se fosse igual ao maior que em resultado da licitação apparecesse, por que he isto conforme ao principio consagrado na resolução Imperial de 6 de Março de 1854, por copia inclusa, que em nenhum caso, oppondo-se hum ou mais herdeiros se póde acceitar directamente do escravo ou de terceiro (não interessado) o preço da avaliação para se conferir liberdade, sendo que importa o mesmo a opposição do herdeiro ou herdeiros, como no caso sujeito, a impossibilidade não só de algum delles reclamar por ser menor, como de transigir por elle o seu Tutor.

O que communico a V. Ex.—*José Thomaz Nabuco de Araujo*—Sr. Vice-Presidente da Provincia de S. Paulo.

(1) Vide nota (1) á pag. 1070, e Ord. deste liv. t. 64 § 9 nota (6) á pag. 866 e 867.

Consulta da Secção de Justiça do Conselho d'Estado a que se refere o Aviso de 21 de Dezembro de 1855.

Senhor.—Mandou Vossa Magestade Imperial, por Aviso de 23 de Janeiro proximo passado, que a Secção de Justiça do Conselho de Estado, consulte com o seu parecer a duvida proposta pelo terceiro supplente do Juiz Municipal de Macapá, de que trata o Officio do Presidente do Pará, datado de 21 de Novembro ultimo, versando a dita duvida sobre se he licito ao Juiz da Partilha acceitar o preço da avaliação para conferir a liberdade a hum escravo do casal inventariado, não obstando a opposição de algum, ou de todos os interessados.

Tendo o dito Juiz Municipal proposto ao Presidente da Provincia essa duvida, mandou este ouvir sobe ella o Juiz de Direito e de Orphãos da Capital, os quaes responderão pelo modo seguinte:

« Illm. e Exm. Sr.—Accuso a recepção do officio de V. Ex. de 6 do corrente, remettendo-me dois outros do Supplente do Juiz Municipal de Macapá, e do Dr. Juiz de Orphãos desta Cidade, para que interponha o meu parecer sobre o objecto dos ditos officios.

« Reduz-se a consulta do primeiro: *Se o escravo póde ser alforriado contra a vontade de seu dono, indemnisando-o.*

« A solução pratica dessa questão tem sido negativamente, invocando-se o § 22 do art. 179 da Constituição do Imperio; e não me consta que tenha vingado nos Tribunaes Superiores aresto algum em contrario.

« Assim, correndo a hypothese figurada quando se trata de alforriar algum escravo, creio que o Juiz deve recorrer aos meios suasorios ante os interessados, como se mandou praticar pelo Aviso 2.º de 17 de Março e 29 de Julho de 1830 (*Collec. Nabuco*); e havendo opposição de alguns herdeiros, da qual não queirão ceder, tem o Juiz no caso de partilhas o meio de aqui-

nhoar o escravo áquelle que quizer dar a liberdade recebendo o valor, como diz praticára o Supplente do Juiz Municipal de Macapá.

« Havendo porém opposição de todos, não vejo remedio algum em favor do escravo, visto se ter entendido que, segundo a Constituição, não pode o senhor ser obrigado alforriar o escravo contra sua vontade, ainda dando aquelle o seu valor.

« Não devo occultar a V. Ex. que não tenho essa intelligencia da Constituição como a melhor, e mais conforme á censura de Direito. E sem ter o desvanecimento de fazer prevalecer a minha humilde opinião, direi em resumo, algumas das principaes razões em que a fundo.

« A Constituição garante a propriedade em toda a sua plenitude; e todavia, segundo o citado § 22 do art. 179, a necessidade e a utilidade publica autorisão a desapropriação, e a Lei de 9 de Setembro de 1826 especifica diversos casos em que ella tem lugar, e como não especificasse a especie controvertida, tem-se negado ao escravo a faculdade de obter a sua liberdade indemnisando o senhor, se este se recusa a esse acto de justiça, de humanidade e de Religião.

« Mas esta intelligencia litteral, escudando o senhor para praticar hum acto que muitas vezes não tem outros motivos que a crueldade ou torpeza, involve iniquidade e absurdo manifesto. Além disto, equipara-se por ella a propriedade—*homem*— á propriedade material e irracional. Ora, he sabido que o escravo sómente por huma ficção (do abuso da força) se póde considerar cousa e propriedade, mas por mais amplitude que se dê a essa ficção, não he possivel dar ao senhor a mesma amplitude de direitos sobre aa duas especies de propriedade; e sobeja notar que podendo elle destruir a propriedade material, segundo o seu prazer e capricho, não pode destruir sem crime a propriedade—*escravo*.

« O Direito Romano, que a principio concedia aos senhores o—*jus vitæ et necis*— sobre o escravo, teve de abolir este cruel direito, e de punir a morte do escravo pelo senhor com as penas inflingidas aos homicidas.

«O direito de propriedade, como todos os direitos, tem restricções inherentes á natureza do mesmo direito; e taes são todas aquellas que a necessidade e a utilidade publica impõe. Essas restricções, quando se trata da propriedade— *homem*,—são mais numerosas; porque o homem ainda escravo não póde ser tratado como se fôra hum ente insensivel, ou irracional. Assim he que a Legislação antiga, muito menos humana e philosophica que a actual, permittia ao escravo remir-se do captiveiro contra a vontade de seu dono; e sirva de prova o § 4.º da Ord. do liv. 4 tit. 11.

« Como pois hei de suppor que a nossa Constituição, que tão grande homenagem rendeo aos direitos do homem, e a todos os principios de philantropia e caridade christãs, foi para com o misero escravo mais barbara ou menos humana que as Leis feitas em tempos muito menos illustrados, nos quaes os direitos do homem erão desconhecidos ou não garantidos? Como hei de suppor que a Lei, que permitte tirar ao cidadão a sua propriedade até pelo motivo de decoração publica, não permitta tirar-lha para dar a liberdade e arrancar do captiveiro a hum seu semelhante ante as Leis naturaes e divinas?

« Não posso suppol-o; e parece-me que a intelligencia litteral, quando implica absurdo e iniquidade, deve ser abandonada, e buscar-se o espirito da Lei, embora contrario.

« Hoje que a escravidão he havida por todos os povos civilisados como contraria ás Leis da razão e da humanidade, e altamente funesta á moralidade e á felicidade das Nações, a sua manutenção não tem outro fundamento que a impossibilidade de indemnizar a todos os senhores, e o risco de lançar de chofre na Sociedade e no goso de ampla liberdade milhares de individuos embrutecidos e degradados pela escravidão, e contidos por huma severa disciplina. Nenhum desses inconvenientes se dá na emancipação gradual (a que aspira o Paiz, como o attestão Leis e Tratados), sendo o senhor indemnisado. E pois não vejo razão para que de não julgue comprehendida entre as excepções da necessidade e do bem publico, que, segundo a Constituição, limitão o direito de propriedade, a hypothese controvertida.

« Escuso accumular citações em ordem a demonstrar que os nossos Legisladores desejão acabar com a escravidão gradualmente e que não julgão esse meio perigoso. Não será porèm fóra de proposito recordar que a Resolução n. 30—de 11 de Agosto de 1837, art. 1.º *in fine*, manda alforriar todos os escravos de S. M. o Imperador que derem o seu valor; que o mesmo se pratica com os da Nação, Ord. n. 160—de 30 de Outubro de 1847; finalmente que os donos dos escravos armados pelos rebeldes do Rio Grande do Sul forão desapropriados, e se os mandou indemnisar (Decreto n. 427— de 26 de Julho de 1845, e § 26 do art. 6.º da Lei n. 514—de 28 de Outubro de 1848).

« Se para a desapropriação dos escravos que servirão a rebellião do Rio Grande derão-se em mais alto gráo poderosas razões de necessidade e utilidade publica, nos casos de emancipação parcial dão-se tambem razões de necessidade e utilidade publica, e não se dá da parte dos escravos hum crime como naquelle.

« Parece-me que os nossos Legisladores não legislarão especificadamente sobre a especie da Consulta, temendo talvez o espirito

de indisciplina nos escravos,e pensando por ventura que huma verdadeira interpretação philosophica supprisse o defeito ou omissão da Lei.

« Devolvo os officios que acompânharão o de V. Ex. , ao qual venho de responder.

« Deos Guarde a V. Ex.—Pará 12 de Agosto de 1853.—Illm. e Ex. Sr. Dr. José Joaquim da Cunha,Presidente da Provincia. O Juiz de Direito da 2ª Vara Crime da Capital, *Francisco José Furtado.*»

« Illm e Exm. Sr.—Respondendo ao officio de V. Ex. de 22 de Setembro passado, em que me ordena que informe com meu parecer, sobre o objecto do incluso Officio do Juiz de Orphãos de Macapá, tenho a honra de levar ao conhecimento de V. Ex. que não se tem dado neste Juizo, pelo menos durante o meu ultimo exercicio, caso algum igual ao figurado na ultima parte do referido Officio, em que os interessados em escravos por quem se offereça o seu valor para libertal-os a isso se opponhão: sendo que ao contrario, taes pretenções tem sempre encontrado a acquiescencia dos senhores.

«Verdade he que por hum costume que achei estabelecido, geralmente vêm ellas acompanhadas do offerecimento de mais a quinta parte do valor do escravo impetrante,costume fundado provavelmente na consideração de que os preços de inventario são sempre inferiores aos verdadeiros valores dos bens. Se apparecer o caso de se opporem os interessados á acceitação do vâlor do escravo que se quizer libertar, declaro a V. Ex. que não sei o que deverei obrar, collocado entre o desejo de favorecer a liberdade e o preceito da Lei fundamental, que garante o o direito de propriedade em toda a sua plenitude ; pois que, como V. Ex. sabe, não temos disposição alguma que modifique a these constitucional, e que tenha applicação á especie : pedirei instrucção ao Doutor Juiz de Direito da Comarca.—He o que se me offerece a dizer a V. Ex. sobre a materia sujeita.

« Deos Guarde a V. Ex.—Pará em 5 de Outubro de 1853.—Illm. e Exm. Sr. Dr. Jose Joaquim da Cunha, Digno Presidente desta Provincia.—*João Baptista Passos.*—Juiz de Orphãos do Termo da Capital.»

Ouvido o Desembargador Procurador da Corôa sobre estes officios, deo o seguinte parecer :

« Nos casos de que se trata, nunca houve no Fôro duvida fundamentada, nem certamente poderá hesitar nelles o Juiz , que tenha conhecimento e faça uso das disposições e doutrinas da nossa Legislação, sem lhe ser necessario recorrer a Constituição do Estado, que nada tem com a questão ; salvo se quizer inventar, ou introduzir doutrinas novas, e com ellas explicar Leis antiquissimas, sempre entendidas e praticadas pela sua letra e mente, como erroneamente se tem feito, e vai fazendo, pondo-se assim o Foro em anarchia, e em perigo todos os direitos pessoaes e reaes dos Cidadãos baseados nessa mesma Legislação, e na intelligencia a ella dada, a ponto (do que dou testemunho) de se terem entendido disposições das nossas Ordenações pelas doutrinas do Codigo de Napoleão.

« Logo que se tenha bem presente a disposição das nossas Leis, recebida da Legislação Romana, que constitue os herdeiros successores universaes em todos os bens, direitos e acções, como representantes daquelles a quem succedem, hade-se necessariamente concluir que, considerados os escravos na classe dos bens herdados, hão de os herdeiros ter e exercer nelles desde a addição da herança o mesmo dominio universal ; e como estes em sua vida não erão obrigados a libertal-os, da mesma sorte podem aquelles ser a isto constrangidos.

« Consta-me que na Provincia da Bahia introduzio-se a pratica de, no acto de se fazerem os inventarios, poder-se remir qualquer escravo, logo que offereça o valor. A ser isto verdade, ignoro inteiramente em que se funda semelhante regra, que, no meu entender, nenhum fomento tem nas Leis por que nos regemos.

« O que sempre se praticou e ainda hoje se pratica nesta Provincia,e em todas aquellas sujeitas á Relação desta Cidade, he poder qualquer dos herdeiros no acto da partilha requerer a adjudicação de todos os escravos, que pela avaliação couberem em sua quota para os libertar pela mesma avaliação, e esta pratica está de conformidade com a nossa Legislação antiga e moderna, que favorecem a causa da liberdade, sem offender os direitos individuaes.

« Póde ainda o mesmo herdeiro libertar os escravos que quizer dentro da sua quota, ainda antes da partilha, assignando termo de os receber por adjudicação pelo valor do inventario.

« Declararei ainda, por esta occasião que por antigas Provisões da extincta Meza da Consciencia e Ordens forão concedidos aos escravos alguns favores, que por excepção firmão em contrario a doutrina e pratica geral que tenho expedido. Nessas Provisões que eu,sendo Provedor da Fazenda dos Ausentes do Termo desta Cidade, e depois em toda a Comarca, que comprehendia quasi toda a Provincia, observei e fiz observar fielmente, foi determinado :

« 1.º Que todas as vezes que qualquer escravo pertencente á Fazenda de Ausentes, arrecadada pela Provedoria, ou alguem por elle, cobrisse a sua avaliação por bem da sua liberdade, se lhe recebesse o lanço, e se lhe conferisse logo a sua alforria.

«2.º Que no acto da praça fosse licito ao escravo escolher e preferir para seu senhor aquelle que lhe aprouvesse d'entre os lançadores, e que o Provedor acceitasse o lanço desse licitante, ainda que outros houvessem que mais offerecessem.»

Com effeito, não temos disposição alguma de Lei em virtude da qual possa o senhor ser obrigado a forrar o escravo, e apenas a pratica e as Provisões citadas pelo Desembargador Procurador da Corôa estabelecerão aquelles favores por modo que não offenda o direito de propriedade sobre o escravo, consagrado pelas nossas Leis, e pelo estado da nossa Sociedade.

A duvida proposta contém duas hypotheses. Na primeira convem na alforria algum ou alguns interessados. Na segunda oppoem-se todos.

A Secção crê que em caso algum, oppondo-se algum dos interessados, se póde acceitar directamente do escravo ou de hum terceiro (não interessado) o preço da avaliação para conferir a liberdade.

A isso se oppõe o direito de propriedade que adquire o herdeiro pela addição da herança, como representante daquelle aquem succede e o principio de que ninguem pode ser obrigado a forrar o escravo, por que não ha Lei que á isso o obrigue.

Isto he duro sem duvida, mas he huma consequencia da escravidão. Razões d'Estado o exigem para que essa escravidão não se torne mais perigosa do que he.

Se, porem, hum os mais herdeiros convém na alforria, e algum ou alguns se oppoem dão-se os remedios introduzidos pela pratica citada pelo Desembargador Procurador da Corôa. Esses remedios resalvão o direito de propriedade, não prejudicão o sentimento de obediencia e subordinação do escravo para com o senhor, e a dependencia em que delle deve ser conservado, porquanto o escravo recebe a liberdade das mãos de quem he tambem senhor, e se torna tambem senhor.

Não podem resultar dahi exemplos perigosos.

Se todos os interessados se oppoem, crê a Secção que não he licito ao Juiz da partilha acceitar o preço da avaliação, ou conferir por qualquer modo a liberdade ao escravo.

Todos estes interessados reunem o direito de propriedade pleno, sobre o escravo, têm sobre elle o mesmissimo e amplo direito que tem qualquer senhor.

Ora, como a Secção já observou, o senhor não póde ser obrigado a forrar o escravo, porque não ha Lei que á isto o obrigue, e que marque, como talvez conviesse, os casos, as condições, modos e formalidades com que isto teria de fazer-se. He este justamente hum daquelles assumptos em que não se deve admittir arbitrio algum, por perigoso. Demais a Lei não o dá.

He muito duro sem duvida, por exemplo, recusar o preço da avaliação do escravo que servio longos annos e com fidelidade o fallecido senhor, que o acompanhou até seus ultimos momentos, sómente porque a avidez dos herdeiros a isso se oppõe.

Hum privilegio assim dado a longos serviços, e á fidelidade e a hum bom procedimento poderia ser util.

Mas não ha Lei que o estabeleça para estes e outros casos semilhantes, e sómente por Lei póde ser estabelecido, e por Lei que previna o abuso.

He este o parecer da Secção.—Vossa Magestade Imperial, porém, mandará o que fôr mais justo.

Sala das Conferencias da Secção de Justiça do Conselho d'Estado em 6 de Março de 1854.—*Paulino José Soares de Souza.—Caetano Maria Lopes Gama.—Visconde de Abrantes.*

Como parece.—Paço, 18 de Março de 1854.—*Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador.*—José Thomaz Nabuco de Araujo.

AVISO n. 480—DE 17 DE OUTUBRO DE 1862.

Sobre alforria de escravos de heranças jacentes pelo preço da avaliação (1).

Em additamento ao Aviso deste Ministerio expedido á essa Directoria em 11 de Agosto ultimo declaro a V. S., que, tendo Sua Magestade o Imperador mandado que a Secção de Fasenda do Conselho de Estado consultasse com o seu parecer sobre a questão: se os escravos de huma herança jacente, depois de avaliados, podem ser libertados pelo Juiz da arrecadação, huma vez que apresentem a importancia da avaliação; ou, se negada esta faculdade ao Juiz, e indo os escravos á praça, deve preferir nesta o lanço para a liberdade delles á qualquer outro, ainda que superior seja, desde que cubra a avaliação, applicando-se assim aos bens de defunctos e ausentes a disposição do art. 93 do Regulamento n. 2433—de 15 de Junho de 1859 ácerca dos bens do evento, não obstante o Aviso n. 388—de 21 de Dezembro de 1855:

Houve por bem o mesmo Augusto Senhor conformando-se com o parecer de Consulta da maioria da dita Secção de Fazenda, determinar por Sua Imperial e immediata Resolução de 11 do corrente, que a disposição do citado art. 93 do Regulamento de 15 de Junho de 1859 he limitada

(1) Vide nota (1) á pag. 1070.

aos bens do evento, isto he, ao caso em que não se sabe a que senhor ou a que herança pertence o escravo, e não cabe nas attribuições do Poder Executivo ampliar a mesma disposição aos bens de defunctos e ausentes, mas sim pertence á Assembléa Geral Legislativa determinar os casos e a fórma por que os senhores serão obrigados a conceder liberdade a seus escravos, e o modo de regular as respectivas indemnisações, sendo que, emquanto a questão vertente, que he de Direito Civil, não fôr convenientemente resolvida pelo Poder Legislativo, incumbe ao Poder Judiciario applicar as leis existentes aos casos especiaes que elle tiver de julgar.

Deus Guarde a V. S.—*Visconde de Albuquerque.*—Sr. Conselheiro Director Geral das Rendas Publicas.

Consulta.

Senhor.—Mandou Vossa Magestade Imperial que a Secção de Fazenda do Conselho de Estado consulte com o seu parecer sobre a questão suscitada no officio de 10 de Maio ultimo do Collector das Rendas Geraes do Municipio de Pirahy, Provincia do Rio de Janeiro. Se os escravos de huma herança jacente, depois de avaliados, podem ser libertados pelo Juiz da arrecadação, huma vez que apresentem a importancia da avaliação: ou se, negada esta faculdade ao Juiz e indo os escravos á praça, deve preferir nesta o lanço para a liberdade delles a qualquer outro ainda que superior seja desde que cubra a avaliação, applicando-se assim aos bens de defunctos e ausentes a disposição do art. 93 do Regulamento n. 2433—de 15 de Junho de 1859, ácerca dos bens do evento, não obstante o Aviso n. 388—de 21 de Dezembro de 1855.

O Aviso n. 388—de 21 de Dezembro de 1855, fundando-se na Resolução de Consulta de 18 de Março de 1854 estabelece:

1°., que não he licito ao Juiz da partilha acceitar o preço da avaliação para conferir liberdade a hum escravo do casal inventariado no caso de hum ou mais herdeiros.

2.°, que a impossibilidade de algum dos herdeiros reclamar, por ser menor, e a transigir por elle o seu Tutor, importa o mesmo que a opposição desse herdeiro.

Ora, na arrematação das heranças jacentes tambem o herdeiro ou herdeiros se achão, por auzentes, impossibilitados de reclamar, tambem o Curador não póde transigir por elles, e esta impossibilidade deve, por igualdade de razões, importar o mesmo que a opposição. O herdeiro da herança jacente não he menos representante daquelle a quem succede, do que o das outras: a lei deve ser igual para todos.

As antigas Provisões da extincta Meza da Consciencia e Ordens, ás quaes se refere o Desembargador Procurador da Corôa no parecer transcripto na supracitada Consulta, estabelece em verdade doutrina differente, mas nem as Provisões dos Tribunaes Regios, que sómente providenciárão para casos especiaes, podião revogar as existentes, nem ainda que assim fosse, seria permittido considera-las em vigor á vista do § 22 art. 179 da Constituição, que garante o direito de propriedade em toda sua plenitude, salvo nos casos e pelo modo ahi apontados.

O Director Geral do Contencioso do Thesouro entende que por equidade e em favor da liberdade *póde* conceder-se a alforria a escravos de heranças jacentes quando forem levados á praça, preferindo o lanço para ella a qualquer outro, ainda que superior seja, com tanto que cubra a avaliação, á semelhança do que dispõe, para o caso dos bens do evento, o art. 93 do Regulamento de 15 de Junho de 1859, e accrescenta que tal he o espirito do mesmo Regulamento e o de nossas leis, costumes e pratica de julgar.

Que o espirito de nossas leis favorece a liberdade dos escravos, ninguem o nega, mas que o faça ferindo o direito de propriedade que ellas mesmas, e mais expressa e terminantemente do que ellas a Lei fundamental do Estado, garantem em toda a sua plenitude, he o que não foi, nem crê a maioria da Secção que possa ser demonstrado.

A disposição do Regulamento a que se soccorre aquelle Funccionario, he limitada *aos bens do evento* isto he, ao caso em que não se sabe a que senhor ou a que herança pertence o escravo. Amplia-la aos bens de defuntos e ausentes não cabe, no parecer da mesma maioria, nas attribuições do Poder Executivo. Sómente á Assembléa Geral Legislativa pertence determinar os casos e a fórma por que os senhores serão obrigados a conceder liberdade a seus escravos, e o modo de regular as indemnisações.

Demais, a questão de que se trata he de Direito Civil; a outro Poder compete applicar as leis existentes aos casos especiaes, que elle tiver de julgar, e não parece á maioria da Secção, pois, acertado que o Governo expeça a tal respeito Ordens ou Regulamentos, que possão achar-se em opposição com a pratica e doutrina dos Tribunaes de Justiça.

O Conselheiro Visconde de Jequitinhonha, persuadido de que ha inteira analogia entre o caso de bens do evento, e o de bens de ausentes seria de opinião que se applicasse á estes o que determinou-se a respeito daquelles no artigo 93 do Regulamento de 15 de Junho de 1859, mas concordando com o final do Parecer da maioria da Secção, isto he, que a questão he de Direito Civil: que a outro Poder compete applicar as leis

existentes aos casos especiaes, e por isso seria conveniente a expedição de ordens, ou Regulamentos, que possão achar-se em opposição com a pratica e doutrinas dos Tribunaes; entende que o assumpto deve ser levado á Assembléa Geral para resolver, visto como tambem entende que este assumpto não deve ficar sem regra certa que o regule: e tanto mais que ainda não cessárão os Jurisconsultos de duvidar, se o direito, ou dominio que tem o senhor sobre o escravo he da mesma natureza e tão extensivo como o direito de propriedade adquirido sobre os demais objectos inanimados, ou não: do que verdadeiramente resulta grande difficuldade quando se trata de applicar aos escravos a disposição constitucional do § 22 do art. 179 da Lei fundamental do Estado.

Vossa Magestade Imperial, porém, resolverá como melhor entender. Sala das Conferencias, em 29 de Setembro de 1862.—*Visconde de Itaborahy.—Candido Baptista de Oliveira.—Visconde de Jequitinhonha.*

RESOLUÇÃO.

Como parece. Paço em 11 de Outubro de 1862.—*Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador.*—Visconde de Albuquerque.

LEI DE 13 DE SETEMBRO DE 1830.

Regula os contractos de serviços de Brazileiro ou Estrangeiro (1).

D. Pedro por graça de Deos, etc.

Art. 1.° O Contracto por escripto, pelo qual hum Brazileiro, ou estrangeiro dentro, ou fóra do Imperio, se obrigar a prestar serviços por tempo determinado, ou por empreitada, havendo adiantamento no todo ou em parte, da quantia contractada, será mantido pela forma seguinte:

Art. 2. O que estipulou para si os serviços:

1.° poderá transferir a outro este contracto, com tanto que não peiore a condição do que se obrigou a prestal-os, nem lhe seja negada essa transferencia no mesmo contracto.

2.° não poderá apartar-se do contracto em quanto a outra parte obrigada aos serviços, cumprir a sua obrigação, sem que lhe pague os serviços prestados, e mais a metade do preço contractado.

3.° será compellido pelo Juiz de Paz, depois de ouvido verbalmente, á satisfação dos jornaes, soldadas, ou preço, e á todas as outras condições do contracto, sendo prezo, se em dous dias depois da condemnação não fizer effectivamente o pagamento, ou não prestar caução sufficiente.

Art. 3. O que se obrigou a prestar serviços só poderá negar-se á prestação delles, em quanto a outra parte cumprir a sua obrigação, restituindo os recebimentos adiantados, descontados os serviços prestados, e pagando ametade do que mais ganharia, se cumprisse o contracto por inteiro.

Art. 4. Fora do caso do artigo precedente o Juiz de Paz constrangerá ao prestador dos serviços a cumprir o seu dever, castigando-o correccionalmente com prisão, e depois de trez correcções inefficases, o condemnará a trabalhar em prizão até indemnisar a outra parte.

Art. 5. O prestador de serviços, que, evadindo-se ao cumprimento do contracto, se ausentar do lugar, será a elle reconduzido prezo por deprecada do Juiz de Paz, provando-se na presença deste o contracto, e a infracção.

Art. 6. As deprecadas do Juiz de Paz, tanto neste caso, como em qualquer outro, serão simples cartas, que contenhão a rogativa, e os motivos da prisão, sem outra formalidade mais, que a assignatura do Juiz de Paz, e seu Escrivão.

Art. 7. O contracto mantido pela presente Lei não poderá celebrar-se debaixo de qualquer pretexto que seja, com os Africanos barbaros, á excepção d'aquelles, que actualmente existem no Brazil.

Art. 9. Ficão revogadas todas as Leis, e disposições em contrario.

Mandamos, etc.

Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos 13 dias do mez de Setembro de 1830, 9.° da Independencia, e do Imperio.—IMPERADOR, com guarda.—*Visconde de Alcantara.*

LEI n. 108—DE 11 DE OUTUBRO DE 1837.

Dando providencias sobre os contractos de locação de serviços de Colonos (1).

O Regente Interino, em nome do Imperador o Senhor D. Pedro II, Faz saber a todos os subditos do Imperio, que a Assembléa Geral Legislativa decretou, e elle sanccionou a Lei seguinte.

Art. 1.° O contracto de locação de serviços, celebrado no Imperio, ou fóra, para se verificar dentro delle, pelo qual algum estrangeiro se obrigar como locador, só

(1) Vide Ord. deste liv. tit. 29 pr. e nota (2) a pag. 807.

(1) Vide nota precedente.

póde provar-se por escripto. Se o ajuste fôr tratado com interferencia de alguma Sociedade de Colonisação reconhecida pelo Governo no Municipio da Côrte, e pelos Presidentes nas Provincias, os titulos por ellas passados, e as certidões extrahidas dos seus livros, terão fé publica para prova do contracto.

Art. 2.° Sendo os estrangeiros menores de 21 annos perfeitos, que não tenhão presentes seus pais, Tutores, ou Curadores, com os quaes se possa validamente tratar, serão os contractos autorisados, pena de nullidade, com assistencia de hum Curador, o qual será igualmente ouvido em todas as duvidas, e acções, que dos mesmos contractos se originarem, e em que algum locador menor fôr parte, debaixo da expressada pena.

Art. 3.° Para este fim, em todos os Municipios, onde houver Sociedades de Colonisação, haverá hum Curador Geral dos Colonos, nomeado pelo Governo na Côrte, e pelos Presidentes nas Provincias, sobre proposta das Mezas de direcção das mesmas Sociedades.

Nos outros Municipios servirão os Curadores geraes dos Orphãos. Nas faltas, ou impedimentos de huns e outros, nomearão as sobreditas Mezas de direcção para a autorisação dos contractos, e os Juizes respectivos para os casos das acções que se moverem, pessoa idonea que o substitua.

Art. 4.° Não apresentando os menores documento legal da sua idade, será esta estimada no acto do contracto, á vista da que elles declararem, e parecer que podem ter; e ainda que depois o apresentem, este não valerá para annullar o contracto, mas se estará pela idade, que no acto deste se houver estimado, para os effeitos somente da validade do mesmo contracto.

Art. 5.° He livre aos estrangeiros de maior idade ajustarem seus serviços pelos annos que bem lhes parecerem; mas os menores não poderão contractar-se por tempo que exceda á sua minoridade, excepto se fôr necessario que se obriguem por maior prazo para indemnisação das despezas com elles feitas, ou se forem condemnados a servir por mais tempo, em pena de terem faltado ás condições do contracto.

Art. 6.° Em todos os contractos de locação de serviços, que se celebrarem com os mesmos menores, se designará a parte da soldada que elles devão receber para suas despezas, que não poderá nunca exceder da metade: a outra parte, depois de satisfeitas quaesquer quantias adiantadas pelo locatario, ficará guardada em deposito na mão deste, se fôr pessoa notoriamente abonada, ou não sendo, prestará fiança idonea para ser entregue ao menor, logo que acabar o tempo de serviço, a que estiver obrigado, e houver sahido da menoridade. Fóra destes casos será recolhida no cofre dos Orphãos do Municipio respectivo.

Nos Municipios, onde houver Sociedades de Colonisação reconhecidas pelo Governo, serão taes dinheiros guardados nos cofres das mesmas Sociedades.

Art. 7.° O locatario de serviços, que sem justa causa despedir o locador antes de se findar o tempo por que o tomou, pagar-lhe-ha todas as soldadas, que este deverá ganhar, se o não despedira. Será justa causa para a despedida:

1.° Doença do locador, por fórma que fique impossibilitado de continuar a prestar os serviços para que foi ajustado.

2.° Condemnação do locador á pena de prisão, ou qualquer outra, que o impeça de prestar serviço.

3.° Embriaguez habitual do mesmo.

4.° Injuria feita pelo locador á seguridade, honra, ou fazenda do locatario, sua mulher, filhos, ou pessoa de sua familia.

5.° Se o locador, tendo-se ajustado para o serviço determinado, se mostrar imperito no desempenho do mesmo serviço.

Art. 8.° Nos casos dos numeros 1 e 2 do artigo antecedente, o locador despedido logo que cesse de prestar o serviço, será obrigado a indemnisar a quantia que lhe dever.

Em todos os outros pagar-lhe-ha tudo quanto dever, e se não pagar logo, será immediatamente preso, e condemnado a trabalhar nas obras publicas por todo o tempo que fôr necessario, até satisfazer com o producto liquido de seus jornaes tudo quanto dever ao locatario, comprehendidas as custas a que tiver dado causa.

Não havendo obras publicas, em que possa ser admittido a trabalhar por jornal, será condemnado a prisão com trabalho, por todo o tempo que faltar para completar o do seu contracto; não podendo todavia a condemnação exceder a dous annos.

Art. 9.° O locador, que sem justa causa se despedir, ou ausentar antes de completar o tempo do contracto, será preso onde quer que fôr achado, e não será solto, em quanto não pagar em dobro tudo quanto dever ao locatario, com abatimento das soldadas vencidas: se não tiver com que pagar servirá ao locatario de graça todo o tempo que faltar para complemento do contracto. Se tornar a ausentar-se, será preso, e condemnado na conformidade do artigo antecedente.

Art. 10. Será causa justa para rescisão do contracto por parte do locador:

1.° Faltando o locatario ao cumprimento das condições estipuladas no contracto.

2.° Se o mesmo fizer algum ferimento na

pessoa do locador, ou o injuriar na honra de sua mulher, filhos, ou pessoa de sua familia.

3.° Exigindo o locatario, do locador, serviços não comprehendidos no contracto.

Rescindindo-se o contracto por alguma das trez sobreditas causas, o locador não será obrigado a pagar ao locatario qualquer quantia de que possa ser-lhe devedor.

Art. 11. O locatario, findo o tempo do contracto, ou antes rescindindo-se este por justa causa, he obrigado a dar ao locador hum attestado de que está quite do seu serviço; se recusar passa-lo, será compellido a faze-lo pelo Juiz de Paz do Districto. A falta deste titulo será razão sufficiente para presumir-se que o locador se ausentou indevidamente.

Art. 12. Toda a pessoa que admittir, ou consentir em sua caza, fazendas, ou estabelecimentos, algum estrangeiro obrigado a outrem por contracto de locação de serviços, pagará ao locatario o dobro do que o locador lhe dever, e não será admittido a allegar qualquer defeza em Juizo, sem depositar a quantia a que fica obrigado, competindo-lhe o direito de have-la do locador.

Art. 13. Se algum alliciar para si directamente, ou por interposta pessoa, algum estrangeiro obrigado a outrem por contracto de locação de serviços, pagará ao locatario o dobro do que o locador lhe fôr devedor, com todas as despezas, e custas a que tiver dado causa; não sendo admittido em Juizo a allegar sua defeza sem depositar.

Se não depositar, e não tiver bens, será logo prezo, e condemnado a trabalhar nas obras publicas por todo o tempo que fôr necessario, até satisfazer ao locatario com o producto liquido dos seus jornaes.

Não havendo obras publicas, em que possa ser empregado a jornal, será condemnado a prisão com trabalho por dous mezes a hum anno.

Os que alliciarem para outrem, serão condemnados a prisão com trabalho, por todo o tempo que faltar para cumprimento do contracto do alliciado, com tanto porem que a condemnação nunca seja por menos de seis mezes, nem exceda a dous annos.

Art. 14. O conhecimento de todas as acções derivadas de contractos de locação de serviços, celebrados na conformidade da presente Lei, será da privativa competencia dos Juizes de Paz do fôro do locatario, que se decidirão summariamente em audiencia geral, ou particular para o caso, sem outra fórma regular de processo, que não seja a indispensavelmente necessaria para que as partes possão allegar, e provar em termo breve o seu direito; admittindo a decisão por arbitros na sua presença, quando algumas das partes a requerer, ou elles a julgarem necessaria por não serem liquidas as provas.

Art. 15. Das sentenças dos Juizes de Paz haverá unicamente recurso de appellação para o Juiz de Direito respectivo. Onde houver mais de hum Juiz de Direito, o recurso será para o da primeira Vara, e na falta deste para o da segunda e successivamente para os que se seguirem.

O de Revista só terá lugar naquelles casos, em que os réos forem condemnados a trabalhar nas obras publicas para indemnisação dos locatarios, ou a prisão com trabalho.

Art. 16. Nenhuma acção derivada de locação de serviços será admittida em Juizo, se não fôr logo acompanhada do titulo do contracto.

Se fôr de petição de soldadas, o locatario não será ouvido, sem que tenha depositado a quantia pedida, a qual todavia não será entregue ao locador, ainda mesmo que preste fiança, senão depois de sentença passada em julgado.

Art. 17. Ficão revogadas as Leis em contrario.

Manda por tanto, etc.

Dada no Palacio do Rio de Janeiro em 11 de Outubro de 1837, decimo sexto da Independencia e do Imperio. — *Pedro de Araujo Lima.* — Bernardo Pereira de Vasconcellos.

DECRETO n. 656 — DE 5 DE DEZEMBRO DE 1849.

Sobre o pagamento do laudemio das alienações de propriedades foreiras á Fazenda Nacional (1).

Conformando-me com o parecer das Secções de Justiça e Fazenda do Conselho d'Estado sobre a duvida que se suscitara na Thesouraria da Provincia do Rio Grande do Norte a saber: se huma propriedade foreira á Fazenda Nacional que tinha passado por mais de huma alienação, sem que de todas ou de alguma d'ellas se houvesse pago os competentes laudemios, estava integralmente obrigada a todos elles, e se n'esse caso o actual proprietario, que já tinha pago o laudemio da venda que fôra feita, ficava sujeito á importancia dos não pagos, ou se pelo facto de se achar legalmente feita a ultima venda deveria a Fazenda Nacional perder os laudemios das

---

(1) Vide Ord. deste liv. t. 38 pr. e nota (3) á pag. 817 e 818.

anteriores alienações; Hei por bem declarar:

1.º que o laudemio devido á Fazenda Nacional, nos casos em que tem lugar, posto que incluido seja entre os Artigos da Renda Geral do Imperio, não he com tudo revestido da natureza e caracter de hum verdadeiro imposto para que deva ser em tudo e por tudo regido pelas disposições das Leis financeiras que fixão a maneira de segurar e arrecadar as dividas da Fazenda Nacional, sendo na realidade huma especie de renda ou proveito particular do dominio e propriedade de bens de raiz dados por aforamento firmado em Direito meramente Civil, e por tanto regulado pelas disposições e pratica do dito direito, a que neste objecto he a Fazenda Nacional tão sujeita como qualquer outro proprietario ou senhor directo de bens aforados:

2.º que não gozando o laudemio do caracter e privilegios do imposto, não constitue o onus real que annexo á cousa passe com ella de huns a outros possuidores, e faça recahir no ultimo a responsabilidade pelos laudemios anteriores não pagos: muito menos, sendo estabelecido pelo nosso direito, na Ordenação livro 1º titulo 62 § 48, livro 4º titulo 38, que o vendedor e não o comprador, he obrigado ao pagamento do laudemio, e não havendo disposição alguma de Lei Brazileira que constitua a hypotheca pelo laudemio.

3.º que os laudemios devidos e não pagos á Fazenda Nacional, das vendas de seus bens aforados, porque não constituem onus real, garantido por hypotheca legal, não passão a cargo de huns a outros possuidores, que pelas vendas as houverão; e por isso o ultimo actual possuidor não he obrigado ao pagamento dos laudemios anteriores, pelos quaes devem ser demandados os respectivos vendedores pelos meios ordinarios.

Joaquim José Rodrigues Torres, do Meu Conselho, etc.

Palacio do Rio de Janeiro em cinco de Dezembro de mil oitocentos quarenta e nove, vigesimo oitavo da Independencia e do Imperio.—*Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador*. — Joaquim José Rodrigues Torres.

DECRETO n. 426 — DE 24 DE JULHO DE 1845.

Contém o Regulamento ácerca das Missões de catechese, e civilisação dos Indios(1).

Hei por bem, tendo ouvido o Meu Conselho d'Estado, mandar que se observe o Regulamento seguinte:

Art. 1.º Haverá em todas as Provincias hum Director Geral de Indios, que será de nomeação do Imperador. Compete-lhe:

§ 1.º Examinar o estado, em que se achão as Aldêas actualmente estabelecidas; as occupações habituaes dos Indios, que nellas se conservão; suas inclinações, e propensões; seu desenvolvimento industrial; sua população, assim originaria, como mistiça; e as causas, que tem influido em seus progressos, ou em sua decadencia.

§ 2.º Indagar os recursos, que offerecem para a lavoura, e commercio, os lugares, em que estão collocadas as Aldêas; e informar ao Governo Imperial sobre a conveniencia de sua conservação, ou remoção, ou reunião de duas, ou mais, em huma só.

§ 3.º Precaver que nas remoções não sejão violentados os Indios, que quizerem ficar nas mesmas terras, quando tenhão bom comportamento, e apresentem hum modo de vida industrial, principalmente de agricultura. Neste ultimo caso, e emquanto bem se comportarem, lhes será mantido, e ás suas viuvas, o usufructo do terreno, que estejão na posse de cultivar.

§ 4.º Indicar ao Governo Imperial o destino, que se deve dar ás terras das aldêas, que tenhão sido abandonadas pelos Indios, ou que o sejão em virtude do § 2º deste Artigo. O proveito, que se tirar da applicação dessas terras, será empregado em beneficio dos Indios da Provincia.

§ 5.º Indagar o modo, por que grangeão os Indios as terras, que lhes tem sido dadas; e se estão occupadas por outrem, e com que titulo.

§ 6.º Mandar proceder ao arrolamento de todos os Indios aldeados, com declaração de suas origens, suas linguas, idades, e profissões. Este arrolamento será renovado todos os quatro annos.

§ 7.º Inquirir onde ha Indios, que vivão em hordas errantes; seus costumes, e linguas; e mandar Missionarios, que solicitará do Presidente da Provincia, quando já não estejão á sua disposição, os quaes lhes vão pregar a Religião de Jesus Christo, e as vantagens da vida social.

§ 8.º Indagar se convirá fazê-los descer para as Aldêas actualmente existentes, ou estabelecê-los em separado; indicando em suas informações ao Governo Imperial o lugar, onde deve assentar-se a nova Aldêa.

§ 9.º Diligenciar a edificação de Igrejas, e de casas para a habitação assim dos empregados da aldêa, como dos mesmos Indios.

§ 10. Distribuir pelos Directores das Aldêas, e pelos Missionarios, que andarem nos lugares remotos, os objectos, que pelo Governo Imperial forem destinados para os Indios, assim para a agricultura, ou para o

(1) Vide Ord. deste liv. t. 20 pr. e nota (2) á pag. 407.

uso pessoal dos mesmos, como mantimentos, roupas, medicamentos, e os que forem proprios para attrahir-lhes a attenção, excitar-lhes a curiosidade, e despertar-lhes o desejo do trato social; requisitando-os do Presidente da Provincia, segundo as Instrucções, que tiver do Governo Imperial.

§ 11. Propôr ao Presidente da Provincia a demarcação, que devem ter os districtos das Aldêas, e fazer demarcar as terras, que, na fórma do § 15 deste artigo, e do § 2º do Art. 2º, forem dadas aos Indios. Se a Aldêa já estiver estabelecida, e existir em lugar povoado, o districto não se entenderá além dos limites das terras originariamente concedidas á mesma.

§ 12. Examinar quaes são as Aldêas, que precisão de ser animadas com plantações em commum, e determinar a porção de terras, que deve ficar reservada para essas plantações, assim como a porção das que possão ser arrendadas, quando, attenta ainda a pequena população, não possão os Indios aproveita-las todas.

§ 13. Arrendar por trez annos as terras, que para isso forem destinadas, procedendo ás mais miudas investigações sobre o bom comportamento dos que as pretenderem, e sobre as posses, que tem. Nestes arrendamentos não se comprehende a faculdade de derrubar matos, para o que será necessario o consenso do Presidente, que será expresso no contracto, com declaração dos lugares, onde os possão derrubar.

§ 14. Examinar quaes são as Aldêas, onde, pelo seu adiantamento, se possão aforar terras para casas de habitação; informar ao Governo Imperial com o quantitativo do fôro; e aforal-as segundo as Instrucções que receber. Não são permittidos aforamentos para cultura.

§ 15. Informar ao Governo Imperial ácerca daquelles Indios, que, por seu bom comportamento, e desenvolvimento industrial, merecão se lhe concedão terras separadas das da Aldêa para suas grangearias particulares. Estes Indios não adquirem a propriedade dessas terras, senão depois de doze annos, não interrompidos, de boa cultura, o que se mencionará com especialidade nos Relatorios annuaes; e no fim delles poderão obter Carta de Sesmaria.

Se por morte do Concessionario não se acharem completos os doze annos, sua viuva, e na sua falta seus filhos, poderão alcançar a Sesmaria, se, além do bom comportamento, e continuação de boa cultura, aquella prehencher o tempo que faltar, e estes a grangearem pelo duplo deste tempo, comtanto que este nem passe de oito annos, e nem seja menos de quinze o das diversas posses.

§ 16 Dar licença ás pessoas, que quizerem ir negociar nas Aldêas novamente creadas, com estabelecimento ou fixo, ou volante; e retiral-a, quando o julgar conveniente. Quanto ás que já estão estabelecidas, examinará quaes as que estão nas circumstancias de precisarem desta protecção; e as declarará sujeitas a esta disposição, com dependencia de Approvação Imperial.

§ 17. Representar ao Presidente da Provincia a necessidade que possa haver, de alguma força Militar, que proteja as Aldêas, a qual poderá ter hum Regulamento especial.

§ 18 Propor á Assembléa Provincial a creação de Escolas de primeiras Letras para os lugares, onde não baste o Missionario para este ensino.

§ 19. Empregar todos os meios licitos, brandos, e suaves, para attrahir Indios ás Aldêas; e promover casamentos entre os mesmos, e entre elles, e pessoas de outra raça.

§ 20. Esmerar-se em que lhes sejão explicadas as maximas da Religião Catholica, e ensinada a Doutrina Christã, sem que se empregue nunca a força, e violencia; e em que não sejão os pais violentados a fazer baptisar seus filhos, convindo attrahi-los á Religião por meios brandos, e suasorios.

§ 21. Cuidar da introducção da Vaccina nas Aldêas, e facilitar-lhes todos os soccorros nas epidemias.

§ 22. Corresponder-se com os Missionarios, de quem receberá todos os esclarecimentos para a catechese, e civilisação dos Indios, providenciando no que conhecer em suas faculdades; e com todas as Authoridades, por quem possa ser auxiliado.

§ 23. Vigiar na segurança, e tranquillidade das Aldêas, e seus districtos, requerendo, ou constituindo procurador para requerer perante as Justiças, e requisitando das Authoridades competentes as providencias necessarias.

§ 24. Indagar se nas Aldêas, e seus districtos, morão pessoas de caracter rixoso, e de máos costumes, ou que introduzão bebidas espirituosas, ou que tenhão enganado aos Indios com lesão enorme; e fazê-las expulsar até cinco leguas fóra dos limites dos districtos.

§ 25. Informar-se dos meios de subsistencia, que tem as Aldêas, para providenciar que não sobrevenha alguma fome, que seja causa de que os Indios abalem para os mattos, ou se derramem pelas Fazendas e Povoações.

§ 26. Promover o estabelecimento de officinas de Artes mechanicas, com preferencia das que se prestão ás primeiras necessidades da vida; e que sejão nellas admittidos os Indios, segundo as propensões que mostrarem.

§ 27. Indagar quaes as producções do lugar de mais facil cultura, e de mais proveito; esmerando-se em fazer adoptar aquelle genero de trabalho, e modo de vida, que offereça mais facilidade, e a que os Indios mais promptamente se acostumem.

§ 28. Exercer toda a vigilancia em que não sejão os Indios constrangidos a servir a particulares; e inquirir se são pagos de seus jornaes, quando chamados para o serviço da Aldêa, ou qualquer serviço publico; e em geral que sejão religiosamente cumpridos de ambas as partes os contractos, que com elles se fizerem.

§ 29. Vigiar que não sejão os Indios avexados com exercicios militares, procurando que se lhes dê aquella instrucção, que permittir o seu estado de civilisação; suas occupações diarias, e seus habitos, e costumes, os quaes não devem ser aberta e desabridamente contrariados.

§ 30. Fiscalisar as rendas das Aldêas, quaesquer que sejão suas fontes; e exercer vigilante inspecção sobre as producções das lavouras, pescas, e extracções de drogas, e de outro qualquer ramo de industria, e em geral sobre todos os objectos destinados para o uso, e consummo das Aldêas.

§ 31. Applicar os dinheiros, e outros quaesquer objectos, segundo as necessidades das Aldêas, e na conformidade das Ordens do Governo Imperial, dando huma conta circumstanciada todos os annos, e todas as vezes que huma urgente necessidade o obrigue a fazer alguma despeza extraordinaria da applicação, que houver resoluto.

§ 32. Servir de Procurador dos Indios, requerendo, ou nomeando Procurador para requerer em nome dos mesmos perante as Justiças e mais Autoridades.

§ 33. Propôr ao Presidente da Provincia o Director da Aldêa, o Thesoureiro, Almoxarife e o Cirurgião, preferindo-se para estes empregos os casados aos solteiros; suspender os trez ultimos, e em geral a todos os que estão no serviço das Aldêas, nomeando interinamente quem os substitua, e dando parte immediatamente ao Presidente, ou ao Director da Aldêa, segundo pertencer a nomeação ao primeiro, ou ao segundo.

§ 34. Organisar a *Tabella* dos vencimentos dos Pedestres, e dos salarios dos Officiaes de officios, que estiverem ao serviço das Aldêas; e leva-la ao conhecimento do Governo Imperial para sua approvação.

§ 35. Approvar, e mandar-pôr em execução provisoriamente a *Tabella*, organisada pelos Directores das Aldêas, dos jornaes que devem ganhar os Indios, que forem chamados para o serviço das mesmas, ou qualquer outro serviço publico; levando-a ao conhecimento do Governo Imperial para sua final approvação.

§ 36. Propôr ao Governo Imperial os Regulamentos especiaes para o regimen das Aldêas, e as instrucções convenientes para o desenvolvimento de sua industria; tendo attenção ao estado de civilisação dos Indios, sua indole, e caracter; as necessidades dos lugares, em que se acharem ellas estabelecidas; as producções do Paiz, e as proporções, que o mesmo offerece para o seu adiantamento moral e material.

§ 37. Apresentar todos os annos ao Governo Imperial o Orçamento da receita, e despeza das Aldêas, e hum Relatorio circumstanciado do seu estado em população, instrucção, e industria, com huma exposição miuda da execução das disposições deste Regulamento; exigindo dos Directores das Aldêas outros iguaes, que o habilitem a esclarecer o Governo sobre os progressos ou decadencia das mesmas, e as causas, que para isso tem concorrido; e apontando as providencias, que convenha ser adoptadas.

§ 38. Expôr ao Governo Imperial os inconvenientes, que tenha encontrado na execução deste Regulamento, e de outros, que houver de fazer; indicando as medidas, que julgar apropriadas para se conseguir o grande fim da catechese, e civilisação dos Indios.

Art. 2.º Haverá em todas as Aldêas hum Director, que será de nomeação do Presidente da Provincia, sobre proposta do Director Geral. Compete-lhe:

§ 1.º Informar ao Director Geral a necessidade, que possa haver de trabalhos em commum, e a natureza destes; assim como sobre a parte dos productos desses trabalhos, que deva ser reservada para o uso commum dos Indios.

§ 2.º Designar as terras, que devem ficar reservadas para as plantações em commum, depois de determinada a porção, que o deve ser pelo Director Geral; assim como as que devem ficar para as plantações particulares dos Indios, e as que possão ser arrendadas, art. 1 § 12.

§ 3.º Inspeccionar essas plantações, ou outros quaesquer trabalhos da Aldêa; e procurar consummo aos seus productos, depois de feitas as reservas necessarias.

§ 4.º Nomear quem substitua o Thesoureiro, ou Almoxarife, nos impedimentos imprevistos, e de caso repentino.

§ 5.º Nomear os Indios para as plantações, ou outros trabalhos em commum, ou para qualquer serviço Publico; procurando repartir o trabalho com igualdade, e ir de accordo, quanto ser possa, com o Maioral dos mesmos Indios.

§ 6.º Fazer entregar ao Thesoureiro, ou

Almoxarife, os productos dos trabalhos dos Indios, os objectos obtidos em troca dos que forem vendidos, o dinheiro pertencente á Aldêa, qualquer que seja sua origem, e em geral todos os objectos destinados para a Aldêa.

§ 7.° Distribuir os objectos, que forem applicados pelo Director Geral para os trabalhos communs, e particulares dos Indios; e os que forem destinados para animar, e premiar os Indios já aldeados, e attrahir os que ainda o não estejão.

§ 8.° Applicar os dinheiros, e mais objectos, segundo as determinações do Director Geral; podendo, em casos urgentes, gastar, sob sua responsabilidade, do dinheiro, que houver em caixa, até a quantia de cem mil reis, de que dará conta ao mesmo Director para sua approvação.

§ 9.° Nomear, suspender, e despedir os Pedestres, e Officiaes de officios, que estiverem ao serviço da Aldêa, e determinar o serviço, que devem fazer.

§ 10. Vigiar sobre a segurança, e tranquillidade da Aldêa, e seu districto; podendo, em casos menores, reter em prisão, até seis dias, o que a perturbar, sendo Indio; e não sendo, fazel-o expulsar para fóra da Aldêa, e até do seu districto: e em casos maiores, prender, e remetter ás Justiças ordinarias com todas as indicações, que esclareção a verdade.

§ 11. Requerer ás Autoridades policiaes contra os que, tendo sido expulsos em virtude do § antecedente, ou do § 24 do artigo 1.°, se estabelecerem dentro dos limites declarados no Mandado de despejo, ou não queirão obedecer a este.

§ 12. Ter debaixo das suas ordens a força Militar, que se houver de mandar collocar na Aldêa, e seu districto; representando a necessidade, que della possa haver, ao Director Geral, conformando-se com as instrucções, que receber, e com o Regulamento especial do § 17 do art. 1.

§ 13. Alistar os Indios, que estiverem em estado de prestar algum serviço militar, e acostumal-os a alguns exercicios, animando com dadivas aos que mostrarem mais gosto, e zelo pelo serviço, e tendo todo o cuidado em que não se desgostem por excesso de trabalho. Dará huma conta circumstanciada ao Director Geral das disposições, que encontrar, para ser levada ao conhecimento do Governo Imperial, que resolverá sobre a opportunidade de se crearem algumas Companhias, as quaes poderão ter huma organisação particular.

§ 14. Procurar que sejão demarcadas as terras dadas aos Indios, e proceder a demarcação das porções das mesmas, que, em virtude deste Regulamento, tenhão de ser demarcadas dentro dos seus limites.

§ 15. Esmerar-se em que as Festas tanto Civis, como Religiosas, se fação com a maior pompa, e apparato, que ser possa; procurando introduzir nas Aldêas o gosto da musica instrumental.

§ 16. Servir de Procurador dos Indios, podendo nomear quem faça as suas vezes para requerer perante as Justiças, e outras Autoridades.

§ 17. Dar parte todos os trimestres ao Director Geral dos acontecimentos mais notaveis na Aldêa, e fazer hum Relatorio annual do estado, em que ella se acha, com declaração da execução, que tem tido as disposições deste Regulamento, e com o Orçamento da receita e despeza para o anno seguinte.

§ 18. Exercer as funcções do art. 1°, desde o § 1 até o § 9°, e desde o § 19 até o § 30; entendendo-se que suas faculdades são restrictas á Aldêa, de que he Director; e que em lugar do Presidente, ou Governo Imperial, deve dirigir-se ao Director Geral da Provincia.

Art. 3.° Ao Thesoureiro compete:

§ 1.° Receber os dinheiros pertencentes á Aldêa, qualquer que seja a origem d'onde provenha, recolhendo-os em huma caixa, de que o Director da Aldêa terá huma chave; assim como receber todos objectos, que forem destinados para o serviço, e uso da Aldêa.

§ 2.° Ter a seu cargo a escripturação, e contabilidade, para o que terá os livros proprios fornecidos pela Fazenda Publica.

§ 3.° Ajudar ao Director da Aldêa na sua correspondencia, particularmente na confecção dos Mappas Estatisticos.

§ 4.° Fazer os pagamentos, e entregar os objectos, que estiverem debaixo da sua guarda, segundo as ordens, que receber do Director Geral, e as determinações do Director da Aldêa.

§ 5.° Dar todos os annos huma conta circumstanciada ao Director Geral de todos os dinheiros, e objectos, que houver recebido; dos empregos, que fez; e das ordens, que os autorisárão.

§ 6.° Escrever em todos os actos, que houverem de ser remettidos ás Justiças, e nos termos das demarcações das porções de terras, a que houver de proceder o Director da Aldêa dentro dos limites das terras da Aldêa.

§ 7.° Substituir ao Director da Aldêa em seus impedimentos imprevistos, e de caso repentino; dando parte immediatamente ao Director Geral para prover interinamente.

Art. 4.° Quando o estado da Aldêa não exija hum Thesoureiro, hum Almoxarife receberá todos os objectos, que forem des-

tinados para a Aldêa,e os entregará segundo as ordens do Director da mesma, dando annualmente conta ao Director Geral; e o Director da Aldêa receberá os dinheiros, que á mesma pertencerem.

Art. 5.° O Cirurgião tem a seu cargo a botica, e os instrumentos Cirurgicos; e cuidará da Enfermaria com hum Enfermeiro, que será hum dos Pedestres, que proporá ao Director da Aldêa.

Art. 6.° Haverá hum Missionario nas Aldêas novamente creadas, e nas que se acharem estabelecidas em lugares remotos, ou onde conste que andão Indios errantes. Compete-lhe:

§ 1.° Instruir aos Indios nas maximas da Religião Catholica, e ensinar-lhes a Doutrina Christã.

§ 2.° Servir de Parocho na Aldêa, e seu Districto, emquanto não se crear Parochia.

§ 3.° Fazer o arrolamento de todos os Indios pertencentes a Aldêa, e seu Districto com declaração dos que morão nas Aldêas, e fóra dellas; dos baptizados, idades, e profissões; e dos nascimentos, e obitos, e casamentos: para o que lhe serão fornecidos os livros pelo Bispo Diocesano, pela caixa das Obras Pias.

§ 4.° Dar parte ao Bispo Diocesano, por intermedio do Director Geral da Provincia, do estado espiritual da Aldêa; representando as necessidades, que encontrar, e apontando as providencias, que lhe parecerem mais proprias para occorrer a ellas.

§ 5.° Representar ao Director Geral, por intermedio do da Aldêa, e necessidade, que possa haver de outro Missionario,que ajude, principalmente se houver nas visinhanças Indios errantes, que seja mistér chamar á Religião, e a Sociedade.

§ 6.° Ensinar a lêr, escrever, e contar aos meninos, e ainda aos adultos, que sem violencia se disposerem a adquirir essa instrucção.

§ 7.° Substituir ao Director da Aldêa, quando esteja impedido o Thesoureiro, e nos casos, em que este o pode substituir.

Art. 7.° A creação de Thesoureiro, Almoxarife, e Cirurgião, dependerá do estado em que se achar a Aldêa, e da sua importancia; e do lugar,em que estiver collocada: sobre o que o Director Geral informará ao Governo Imperial para resolver. O Cirurgião poderá servir de Thesoureiro, se as circumstancias o permittirem. Seus vencimentos, e os dos Missionarios, serão fixados segundo as informações dos Directores Geraes.

Art. 8.° A creação dos Pedestres, e Officiaes de officios; seu numero, salario, organisação, e a natureza dos officios, dependerão das circumstancias locaes, segundo as informações dos Directores Geraes.

Art. 9.° As informações, de que trata o art. antecedente, as do art. 7°, e as do art. 1° §§ 2, 4, 8, 14, 15, 16, 34, 35, 36 e 37, serão transmittidas ao Governo Imperial por intermedio do Presidente da Provincia, que as acompanhará com as observações convenientes.

Art. 10. Nos impedimentos do Director Geral o Presidente da Provincia nomeará quem o substitua; e nos impedimentos do Director da Aldêa, que não sejão imprevistos, e de caso repentino, fará a nomeação o Director Geral.

Art. 11.° Em quanto servirem, terão a graduação Honoraria, o Director Geral de Brigadeiro, o Director da Aldêa de Tenente Coronel, e o Thesoureiro de Capitão; e usarão do uniforme, que se acha estabelecido para o Estado Maior do Exercito.

José Carlos Pereira de Almeida Torres, Conselheiro d'Estado, etc.

Palacio do Rio de Janeiro em 24 de Julho de 1845, vigesimo quarto da Independencia, e do Imperio.—*Com a Rubrica de Sua Magestade o Imperador.*—José Carlos Pereira de Almeida Torres.

AVISO *add.*—DE 5 DE JANEIRO DE 1854.

Providencia ácerca do engajamento de Indios para o serviço de particulares(1).

Illm. e Exm. Sr.—Foi presente a Sua Magestade o Imperador o seu officio n. 49 de 17 de Abril do anno passado, a que acompanhou copia de huma proposta de varios Cidadãos da Comarca de Viana dessa Provincia, solicitando a faculdade de mandarem buscar ás Aldêas Indios de todas as idades e sexos, que voluntariamente quizerem ir para os seus estabelecimentos, obrigando-se:

1.° a sustenta-los, vesti-los e trata-los por trez annos sem mais retribuição alguma pelo seu trabalho.

2.° a pagar annualmente findos os trez annos 25$000 por cada Indio maior de 18 annos, e 15$000 a Indias maiores de 16 annos, além do sustento, vestuario e tratamento nas enfermidades.

3° a franquear os seus estabelecimentos ao Agente que o Governo encarregar da fiscalisação do cumprimento do contracto, além de outras condições razoaveis, que se julgarem indispensaveis; cuja proposta julga V. Ex. que póde ser favoravelmente deferida.

(1) Vide nota precedente.

E sendo ouvida a semelhante respeito a Secção do Conselho d'Estado dos Negocios do Imperio, Houve o mesmo Augusto Senhor por bem conformar-se com o seu parecer, exarado em Consulta de 27 de Setembro do anno proximo findo, mandando declarar a V. Ex. que, estando o contracto dos Indios regulados no Decreto n. 426—de 24 de Julho de 1845, devem os Directores das Aldêas dentro da esphera das suas faculdades nelles intervir, se por ventura já se acharem os Indios aldeados, sem prejuizo da protecção que lhes deve prestar o Director Geral, e no caso contrario compete a este como Procurador legal dos mesmos Indios o conhecimento de taes estipulações, que não terão valor sem expresso consentimento, que não deverá ser dado senão dentro de prazo razoavel, e nunca além de hum anno, e quando os Indios manifestem evidentemente que querem prestar-se a tal serviço, cumprindo que em ambos os casos tanto hum como outros dêem conta desses contractos nos relatorios que tem de apresentar de conformidade com os §§ 37 e 38 do Art. 1º e § 17 do Art. 2.º

Outrosim tenho a recommendar-lhe a maior vigilancia para que taes contractos se não facilitem á pessoas de cuja moralidade não haja certeza, pelo perigo que resultaria de ser illudida a boa fé dos Indios, e estes muitas vezes além de lesados, maltratados em detrimento de sua civilisação e futura prosperidade, em cujo intento foi promulgado o respectivo Regulamento, cuja observancia foi confiada aos Directores sob sua responsabilidade. O que communico, V. Ex. para seu conhecimento e execução, e a fim de que faça constar aos assignatarios da proposta.

Deos Guarde a V. Ex.—*Luiz Pedreira do Couto Ferraz*.—Sr. Presidente da Provincia do Maranhão.

LEI n. 601—DE 18 DE SETEMBRO DE 1850.

Dispõe sobre as terras devolutas no Imperio, e ácerca das que são possuidas por titulos de Sesmaria ria sem prehenchimento das condições legaes, bem como por simples titulos de posse mansa e pacifica: e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejão ellas cedidas a titulo oneroso assim para emprezas particulares, como para o estabelecimento de Colonias de nacionaes, e de estrangeiros, authorisado o Governo a promover a colonisação estrangeira na forma que se declara (1).

D. Pedro II, por graça de Deos, etc.

Fazemos saber a todos os nossos subditos, que a Assemblea decretou, e nós queremos a Lei seguinte:

(1) Vide Ord. deste liv. t. 43 rub., e nota (3) á pag. 822, e á pag. 1027 e 1028 os Dec. ali apontados.

Art. 1.º Ficão prohibidas as acquisições de terras devolutas por outro titulo que não seja o de compra.

Exceptuão-se as terras situadas nos limites do Imperio com paizes estrangeiros em huma zona de dez leguas, as quaes poderão ser concedidas gratuitamente(1).

Art. 2.º Os que se apossarem de terras devolutas ou alheias(2), e nellas derribarem matos, ou lhes poserem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de bemfeitorias e demais soffrerão a pena de dous a seis mezes de prizão, e multa de cem mil reis, alem da satisfação ao damno causado(3). Esta pena porém não terá lugar nos actos possessorios entre heréos confinantes.

§ Unico. Os Juizes de Direito nas correições na fórma das Leis e Regulamentos, investigarão se as Autoridades a quem compete o conhecimento destes delictos poem todo o cuidado em processa-los e punil-os, e farão effectiva a sua responsabilidade, impondo no caso de simples negligencia a multa de cincoenta a duzentos mil reis(4).

Art. 3.º São terras devolutas:

§ 1.º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial(5), municipal.

(1) Vide D. n. 1318—de 30 de Janeiro de 1854 arts. 85 e 86.

(2) Vide D. n. 1318—de 30 de Janeiro de 1854 arts. 88 e 89.

(3) O Av. n. 4 *add.*—de 27 de Junho de 1855 declarou que os terrenos devolutos de que se apossarão differentes pessoas no territorio da nova povoação de S. Philomena, na Provincia do Piauhy, posto que menos conformes ao presente artigo, e ao Dec. n. 1318—de 1854 no art. 90, estão sujeitos á disposição do art. 1º desta Lei e art. 77 do referido Decreto, ainda que a mesma povoação se fundasse sem as formalidades prescriptas na Lei, cumprindo que para esse fim o Presidente da Provincia, depois de organisada a planta da referida Povoação, a submetta á approvação do Governo Imperial, para que então se faça a respectiva reserva de terrenos.

(4) Vide D. n. 1318—de 30 de Janeiro de 1854 art. 90.

(5) A L. n. 514—de 28 de Outubro de 1848 no art. 16 determinara o seguinte:

« A cada uma das Provincias do Imperio ficão concedidas no mesmo, ou em differentes lugares de seu territorio, seis leguas em quadra de terras devolutas, as quaes serão exclusivamente destinadas á Colonisação, e não poderão ser roteadas por braços escravos.

« Estas terras não poderão ser transferidas pelos Colonos, em quanto não estiverem effectivamente roteadas e aproveitadas, e reverterão ao dominio Provincial se dentro de cinco annos os Colonos respectivos não tiverem cumprido esta condicção. »

O Av. n. 119—de 24 de Março de 1851 declarou que, não estando annulladas as doações feitas ás Provincias pela L. n. 514—de 28 de Outubro de 1848, são comtudo d'ora em diante vedadas novas concessões gratuitas de terras devolutas.

Por Av. n. 307—de 10 de Setembro de 1857 foi o Presidente da Provincia de S. Pedro anthorisado para mandar medir e demarcar por conta das seis leguas em quadra, concedidas á cada Provincia pela Lei n. 514—de 1848, as terras devolutas que acabavão de ser exploradas por ordem da mesma Provincia, á margem direita do alto Taquary, determinando que na mesma medição se observassem as regras prescriptas no Av. de 27 de Dezembro de 1854, dirigido á Presidencia da Provincia do Maranhão.

§ 2.º As que se não acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura(1).

§ 3.º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei(2).

§ 4.ª As que não se acharem occupadas por posses, que apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei(3).

Art. 4.º Serão revalidadas as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com principios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionario, ou de quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que forão concedidas(4).

Art. 5.º Serão legitimadas as posses mansas e pacificas, adquiridas por occupação primaria, ou havidas do primeiro occupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes (5):

§ 1.º Cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, comprehenderá, além do terreno aproveitado, ou do necessario para pastagem dos animaes que tiver o posseiro, outrotanto mais de terreno devoluto que houver contiguo(1), comtanto que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a de huma sesmaria para cultura ou criação, igual ás ultimas concedidas na mesma Comarca, ou na mais visinha(2).

§ 2.º As posses em circumstancias de serem legitimadas, que se acharem em sesmarias ou outras concessões do Governo, não incursas em commisso ou revalidadas por esta Lei, só darão direito á indemnisação pelas bemfeitorias(3).

Exceptua-se desta regra o caso de verificar-se a favor da posse qualquer das seguintes hypotheses :

1.ª, o ter sido declarada boa por sentença passada em Julgado entre os sesmeiros ou concessionarios e os posseiros :

2.ª, ter sido estabelecida antes da medição da sesmaria ou concessão, e não perturbada por cinco annos :

3.ª, ter sido estabelecida depois da dita medição, e não perturbada por dez annos (4).

§ 3.º Dada a excepção do paragrapho antecedente, os posseiros gozão do favor que lhes assegura o § 1.º, competindo ao respectivo sesmeiro ou concessionario ficar com o terreno que sobrar da divisão feita entre os ditos posseiros, ou considerar-se tambem posseiro para entrar em rateio igual com elles(5).

§ 4.º Os campos de uso commum(6) dos moradores de huma, ou mais Freguezias, Municipios ou Comarcas serão conservados em toda a extenção de suas divisas, e continuarão a prestar o mesmo uso, conforme a pratica actual(7), em quanto por Lei não se dispuzer o contrario (8).

Art. 6.º Não se haverá por principio de cultura para a revalidação das sesmarias ou outras concessões do Governo, nem para

---

Neste Aviso, segundo Vasconcellos no seu *Livro das Terras*, se declarou o seguinte :

«1º, que na conformidade da Resolução de 23 de Outubro de 1852, sob consulta da respectiva Secção do Conselho de Estado, está em vigor a concessão de terras devolutas feita a cada uma das Provincias do Imperio pela Lei de 28 de Outubro de 1848, visto que o direito por ellas adquirido desde a promulgação da dita Lei não foi prejudicado pelo que dispôz em geral, á respeito de terras devolutas, a posterior de 18 de Setembro de 1850; sendo comtudo indispensavel que, depois de feita a escolha das terras devolutas apropriadas á Colonisação da Provincia, se apresente ao Governo Imperial a descripção do lugar ou lugares de territorio em que mais convenha estabelecê-la, para que o mesmo Governo ordene que a medição e demarcação das terras concedidas se fação pelos meios convenientes, sem o que não poderão ellas ser distribuidas.

«2º, que as despezas com a medição e demarcação das seis leguas de terras devolutas concedidas á cada uma das Provincias, devem correr por conta dos cofres provinciaes.

«3º, que pertencendo as terras ás Provincias, e cabendo ás Assembléas Provinciaes legislar sobre Colonisação, os Governos Provinciaes devem dispôr das terras devolutas concedidas áquellas, segundo a respectiva Legislação; convém porém que se mantenha uniformemente o systema de distribuição adoptado por esta Lei a respeito dos Colonos, que nas terras venhão a estabelecer-se, e que sómente tenhão lugar as concessões gratuitas de limitada extensão de terras a Emprezarios que pretendão estabelecer Colonos, e a isto se obriguem com solidas garantias, ficando habilitadas as Provincias para por este ultimo meio, que he economico, e póde ser proficuo, auxiliarem a Colonisação quando tentem aproveitar o quadrado das seis leguas concedidas pela Lei de 28 de Outubro de 1848. »

(1) Vide Dec. n. 1318—de 1854 no art. 22.
(2) Vide Dec. n. 1318—de 1854 no art. 23.
(3) Vide Dec. n. 1318—de 1854 nos arts. 24, 25 e 26.
(4) Vide mais adiante o art. 9 desta Lei, e no Dec. n. 1318—de 1854 o art. 27.
(5) Vide mais adiante o art. 9 desta Lei.

(1) *Houver contiguo.*
O Av. n. 390 A—de 30 de Novembro de 1864 declarou, que este § he corroborado pelas disposições dos arts 44 e 46 do Reg. de 30 de Janeiro de 1854, visto competir á arbitros determinar a extensão de campos destinados á pastagens, observada a limitação posta no final deste §, e mais que pela expressão —*contiguo*, de que o mesmo trata, deve entender-se o terreno occupado com animaes sem cultura, nem morada habitual.
(2) Vide Dec. n. 1318—de 1854 nos arts. 44, 45 e 46.
(3) Vide Dec. n. 1318—de 1854 nos arts. 41, 42 e 43.
(4) Vide nota (2) supra.
(5) Vide nota (1) ao § precedente.
(6) *Campos de uso commum.*
O Av. de 5 de Julho de 1855 declarou que estes *campos* só poderão ser *usufruidos*, mas não *occupados* por pessoas que nos mesmos pretendessem estabelecer-se.
(7) Vide na nota (1) supra ao § 1 o Av. n. 390 A — de 1864 que declara que para a questão a que se refere o mesmo Aviso não tem applicação este §.
(8) Vide Dec. n. 1318—de 1854 no art. 44.

a legitimação de qualquer posse, os simples roçados, derribadas ou queimas de matos ou campos, levantamentos de ranchos e outros actos de semelhante natureza, não sendo acompanhados da cultura effectiva, e morada habitual exigidas no Artigo antecedente(1).

Art. 7.º O Governo marcará os prazos dentro dos quaes deverão ser medidas as terras adquiridas por posses ou por sesmarias, ou outras concessões, que estejão por medir, assim como designará as pessoas que devão fazer a medição, attendendo ás circumstancias de cada Provincia, Comarca, e Municipio, e podendo prorogar os prazos marcados, quando o julgar conveniente, por medida geral que comprehenda todos os possuidores da mesma Provincia, Comarca e Municipio, onde a prorogação convier(2).

Art. 8.º Os possuidores que deixarem de proceder á medição nos prazos marcados pelo Governo serão reputados cahidos em commisso, e perderão por isso o direito que tenhão a serem prehenchidos das terras concedidas por seus titulos, ou por favor da presente Lei, conservando-o somente para serem mantidos na posse do terreno que occuparem com effectiva cultura, havendo-se por devoluto o que se achar inculto(3).

Art. 9.º Não obstante os prazos que forem marcados, o Governo mandará proceder á medição das terras devolutas, respeitando-se no acto da medição os limites das concessões que se acharem nas circumstancias dos Artigos 4.º e 5.º

Qualquer opposição que haja da parte dos possuidores não impedirá a medição; mas ultimada esta, se continuará vista aos oppoentes para deduzirem seus embargos em termo breve(4).

As questões judiciarias entre os mesmos possuidores não impedirão tão pouco as diligencias tendentes á execução da presente Lei.

Art. 10. O Governo proverá o modo pratico de extremar o dominio publico do particular, segundo as regras acima estabelecidas, incumbindo a sua execução ás Autoridades que julgar mais convenientes, ou a Commissarios especiaes, os quaes procederão administrativamente, fazendo decidir por arbitros as questões e duvidas de facto, e dando de suas proprias decisões recurso para o Presidente da Provincia, do qual o haverá tambem para o Governo(5).

(1) Vide Dec. n. 1318—de 1854 no art. 37.

(2) Esta materia se acha regulamentada no Dec. n. 1318—de 1854 arts. 32 e 33.

(3) Esta materia se acha regulamentada no Dec. n. 1318—de 1854 no art. 58.

(4) Vide Dec. n. 1318—de 1854 no art. 19.

(5) Esta materia se acha regulamentada no Dec. n. 1318—de 1854 arts. 47, 48 e 52.

Art. 11. Os posseiros serão obrigados a tirar titulos dos terrenos que lhes ficarem pertencendo por effeito desta Lei, e sem elles não poderão hypothecar os mesmos terrenos, nem aliena-los por qualquer modo.

Estes titulos serão passados pelas Repartições Provinciaes que o Governo designar pagando-se cinco mil reis de direitos de Chancellaria pelo terreno que não exceder de hum quadrado de quinhentas braças por lado, e outrotanto por cada igual quadrado que demais contiver a posse; e além disso quatro mil reis de feitio, sem mais emolumentos ou sello(1).

Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessarias:

1.º, para as colonisação dos Indigenas(2).

2.º, para a fundação de Povoações(3), abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de Estabelecimentos publicos(4):

3.º, para a construcção naval(5).

Art. 13. O mesmo Governo fará organisar por Freguezias o registro das terras possuidas, sobre as declarações feitas pelos respectivos possuidores, impondo multas e penas áquelles que deixarem de fazer nos

(1) Vide Dec. n. 1318—de 1854 art. 51.

(2) *Colonisação dos Indigenas.*

As terras destinadas á colonisação ou Aldeamento dos Indigenas ficárão sujeitas ás regras estabelecidas em differentes Avisos.

O Av. n. 172—de 21 de Outubro de 1850 mandou incorporar aos proprios nacionaes as terras dos Indios, que já não vivem *aldeados*, mas sim dispersos e confundidos na massa da população civilisada; e dá providencias sobre as que se achão occupadas, por aforamento ou arrendamento, cujos titulos sendo averiguados, não devem ser os respectivos contractos renovados.

No mesmo sentido se explica o Av. n. 44—de 21 de Janeiro de 1856 dirigido ao Inspector da Thesouraria de Goyaz, regulando o assentamento de Proprios Nacionaes, e bens das extinctas Aldêas de Indios, que se devem considerar *bens vagos*.

Pelo Av. n. 21—de 16 de Janeiro de 1851 declarou-se ao Presidente do Ceará que nenhuma providencia se tornava necessaria acerca das terras habitadas pelos Indios da povoação de S. Benedicto na mesma Provincia, por não ser á ellas applicavel o Av. n. 172—de 1850 supra citado.

No mesmo caso não se achava a aldêa ou povoação de *Baixa Verde*, na Provincia de Pernambuco, cujos terrenos forão por Avs. n. 148 e 166—de 21 e 30 de Abril de 1857 mandados incorporar aos nacionaes, cobrando-se os arrendamentos para o Thesouro.

No mesmo sentido por Av. n. 273—de 18 de Dezembro de 1852 mandou o Governo tomar posse na Provincia do Ceará, das terras dos Indios das extinctas aldêas de Arronches e Mecejana.

Estes Avisos forão depois, explicados por outro de 21 de Julho de 1858 no sentido de declarar-se *devolutos*, os referidos terrenos, de conformidade com a doutrina do Av. n. 44—de 1856 supra notado.

(3) Vide o art. 2 supra desta Lei e Av. n. 4 *add.*—de 27 de Junho de 1855.

(4) O Av. n. 110—de 18 de Março de 1851 expedio Instrucções por onde se devem regular os Officiaes Engenheiros na medição das terras que se tiverem de distribuir aos individuos engajados para o serviço do Exercito, sobre tudo nas Provincias de S. Pedro, S. Catharina, e Espirito-Santo.

(5) *Para a construcção naval.*

Vide Dec. n. 1318—de 1854 nos arts. 72 usque 81, e art. 88.

prazos marcados as ditas declarações, ou as fizerem inexactas (1).

Art. 14. Fica o Governo authorisado a vender as terras devolutas em hasta publica (2), ou fóra della, como e quando julgar mais conveniente (3), fazendo previamente medir, dividir, demarcar e descrever a porção das mesmas terras que houver de ser exposta á venda(4), guardadas as regras seguintes (5):

§ 1.º A medição e divisão serão feitas, quando o permittirem as circumstancias locaes, por linhas que corrão de norte ao sul, conforme o verdadeiro meridiano, e por outras que as cortem em angulos rectos, de maneira que formem lotes ou quadrados de quinhentas braças por lado demarcados convenientemente.

§ 2.º Assim esses lotes, como as sobras de terras, em que se não puder verificar a divisão acima indicada, serão vendidos separadamente sobre o preço minimo, fixado antecipadamente e pago á vista, de meio real, hum real, real e meio, e dous réis, por braça quadrada, segundo fôr a qualidade e situação dos mesmos lotes e sobras.

§ 3.º A venda fóra da hasta publica será feita pelo preço que se ajustar, nunca abaixo do minimo fixado, segundo a qualidade e situação dos respectivos lotes e sobras, ante o Tribunal do Thezouro Publico, com assistencia do Chefe da Repartição das Terras, na Provincia do Rio de Janeiro, e ante as Thesourarias, com assistencia de hum Delegado do dito Chefe, e

---

(1) Esta materia se acha regulada no Dec. n. 1318—de 1854 nos arts 91 usque 102.

(2) *Hasta publica.*

O Av. n. 317—de 23 de Julho de 1861 declarou que a venda de terras devolutas deve ser feita em hasta publica precedendo editaes e annuncios, na forma do que se pratica no Fôro Civil.

(3) *Como e quando se julgar conveniente.*

O Av. n. 550—de 20 de Novembro de 1862 declarou á Presidencia do Paraná que o Governo deliberára não vender terras publicas senão ás pessoas que por si ou por Companhias ou Empresas se acharem habilitadas para os cultivos.

Pelo Av. n. 109—de 19 de Março de 1864 se ordenou á Presidencia do Espirito-Santo até segunda ordem, que se parasse com todo e qualquer processo de venda de terras á requerimento de particulares.

O Av. n. 44—de 20 de Fevereiro de 1864 dirigido á Presidencia do Amazonas, nega á José Joaquim do Sacramento meia legua de terras devolutas pedidas para fundação de uma serraria de madeira, por não lhe ser applicavel a disposição do art. 11 § 22 da Lei n. 1114—de 27 de Setembro de 1860, que manda faser vendas condicionaes á bem da lavoura ou criação.

(4) *Exposta á venda.*

Na Lei n. 628—de 17 de Setembro de 1851 no art. 11 § 5 foi o Governo autorisado para:

« Distribuir por venda, ou por aforamento perpetuo, e pelo modo que julgar mais conveniente, oito lotes de mil braças em quadro cada um, das terras devolutas que se acharem proximas as linhas de demarcação das Colonias Militares de Pernambuco ou Alagôas; podendo para este effeito *somente* dispensar na L. n. 601 — de 18 de Setembro de 1850.»

(5) Toda esta materia se acha regulada no Dec. n. 1318—de 1854 supra citado, de art. 64 á 71.

com approvação do respectivo Presidente, nas outras Provincias do Imperio.

Art. 15. Os possuidores de terra de cultura e criação, qualquer que seja o titulo de sua acquisição, terão preferencia na compra das terras devolutas que lhes forem contiguas (1), com tanto que mostrem pelo estado de sua lavoura ou criação, que tem os meios necessarios para aproveita-las.

Art. 16. As terras devolutas que se venderem ficarão sempre sujeitas aos onus seguintes:

§ 1.º Ceder o terreno preciso para estradas publicas de huma Povoação a outra ou algum porto de embarque, salvo o direito de indemnisação das bemfeitorias e do terreno occupado.

§ 2.º Dar servidão gratuita aos visinhos quando lhes fôr indispensavel para sahirem a huma estrada publica, Povoação ou porto de embarque, e com indemnisação quando lhes fôr proveitosa por incurtamento de hum quarto ou mais de caminho.

§ 3.º Consentir a tirada de aguas desaproveitadas e a passagem dellas, precedendo a indemnisação das bemfeitorias e terreno occupado.

§ 4.º Sujeitar as disposições das Leis respectivas quaesquer minas que se descobrirem nas mesmas terras.

Art. 17. Os estrangeiros que comprarem terras, e nellas se estabelecerem, ou vierem á sua custa exercer qualquer industria no Paiz, serão naturalisados (2) querendo, depois de dous annos de residencia pela forma porque o forão os da Colonia de S. Leopoldo, e ficarão isentos do serviço militar, menos do da Guarda Nacional dentro do Municipio.

Art. 18. O Governo fica authorisado a mandar vir annualmente á custa do Thesouro, certo numero de Colonos livres para serem empregados, pelo tempo que fôr marcado, em Estabelecimentos agricolas, ou nos trabalhos dirigidos pela Adminis-

---

(1) O Av. n. 260—de 13 de Junho de 1863 declarou que os posseiros, cujas posses tiverem sido annulladas em virtude das disposições de Leis e Regulamentos *sejão preferidos*, quando em concurrencia pretenderem comprar essas mesmas terras.

(2) *Serão naturalisados.*

No Av. n. 174—de 21 de Outubro de 1850 declarou-se ao Presidente da Provincia de S. Pedro, que neste art. encontraria as providencias que reclamava para facilitar a naturalisação dos estrangeiros residentes nas Colonias da Provincia; podendo na conformidade do Dec. n. 397—de 3 de Setembro de 1846 mandar expedir titulo de Cidadão Brazileiro ao individuo, que havia feito a competente declaração na Camara Municipal de S. Leopoldo, segundo dispõe o mesmo Decreto.

Sobre a naturalisação dos estrangeiros estabelecidos nas Colonias do Imperio consulte-se alem daquelle Decreto, o sob. n. 888 A—de 23 de Junho de 1855, a L. n. 939—de 26 de Setembro de 1857 art. 24, e os Avs. n. 294 e 360—de 31 de Agosto e 12 de Outubro de 1857.

tração publica, ou na formação de Colonias nos lugares em que estas mais convierem; tomando antecipadamente as medidas necessarias para que taes Colonos achem emprego logo que desembarcarem.

Aos Colonos assim importados são applicaveis as disposições do Artigo antecedente.

Art. 19. O producto dos direitos de Chancellaria e da venda das terras, de que tratão os Arts. 11 e 14 será exclusivamente applicado: 1.º á ulterior medição das terras devolutas, e 2.º á importação de Colonos livres, conforme o Artigo precedente

Art. 20. Em quanto o referido producto não fôr sufficiente para as despezas a que he destinado, o Governo exigirá annualmente os creditos necessarios para as mesmas despezas, ás quaes applicará desde já as sobras que existirem dos creditos anteriormente dados a favor da Colonisação, e mais a somma de duzentos contos de réis.

Art. 21. Fica o Governo authorisado a estabelecer, com o necessario Regulamento, huma Repartição especial que se denominará—*Repartição Geral das Terras Publicas*—e será encarregada de dirigir a medição, divisão, e descripção das terras devolutas, e sua conservação, de fiscalisar a venda e distribuição dellas, e de promover a Colonisacão nacional e estrangeira (1).

Art. 22. O Governo fica authorisado igualmente á impôr, nos Regulamentos que fizer para a execução da presente Lei, penas de prisão até trez mezes, e de multa até duzentos mil réis(2).

Art. 23. Ficão derogadas todas as disposições em contrario.

Mandamos por tanto a todas as Authoridades, etc.

Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos dezoito dias do mez de Setembro de mil oitocentos e cincoenta, vigesimo nono da Independencia e do Imperio.

IMPERADOR com Rubrica e Guarda.— *Visconde de Mont'Alegre.*

DECRETO n. 1318.—DE 30 DE JANEIRO DE 1854.

Manda executar a Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850.

Em virtude das autorisações concedidas pela Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850, hei por bem que, para execução da mesma Lei, se observe o Regulamento que com este baixa, assignado por Luiz Pedreira do Couto Ferraz, do meu Conselho, Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios do Imperio, que assim o tenha entendido, e faça executar. Palacio do Rio de Janeiro em trinta de Janeiro de mil oitocentos cincoenta e quatro, trigesimo terceiro da Independencia e do Imperio.—*Com a Rubrica de Sua Magestade o Imperador.*— Luiz Pedreira do Couto Ferraz.

Regulamento para execução da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850, a que se refere o Decreto desta data(1).

CAPITULO I.

Da Repartição Geral das Terras Publicas.

Art. 1.º A Repartição Geral das Terras Publicas, creada pela Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850, fica subordinada ao Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios do Imperio, e constará de hum Director Geral das Terras Publicas, Chefe da Repartição, e de hum Fiscal (2).

A Secretaria se comporá de hum Official Maior, dois Officiaes, quatro Amanuenses, hum Porteiro, e hum Continuo.

Hum Official e hum Amanuense serão habeis em desenho topographico, podendo ser tirados dentre os Officiaes do Corpo de Engenheiros, ou do Estado Maior de 1ª Classe.

Art. 2.º Todos estes Empregados serão nomeados por Decreto Imperial, excepto os Amanuenses, Porteiro, e Continuo, que o serão por Portaria do Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Imperio; e terão os vencimentos seguintes:

Director Geral	4.000$000
Fiscal.	2.400$000
Official Maior	3.200$000
Officiaes (cada hum).	2.400$000
Amanuenses (cada hum). . .	1.200$000
Porteiro.	1.000$000
Continuo.	600$000

Art. 3.º Compete á Repartição Geral das Terras Publicas:

§ 1.º Dirigir a medição, divisão, e descripção das terras devolutas, e prover sobre a sua conservação.

§ 2.º Organisar hum Regulamento es-

(1) Vide Dec. n. 1318—de 1854 nos arts. 1 a 9.
O Av. n. 95—de 24 de Abril de 1854 marca as attribuições dos empregados desta Repartição, em execução do art. 3 § 10 do Dec. n. 1318— do mesmo anno.

(2) Esta materia se acha regulada no Dec. n. 1318—de 1854 nos arts. 29, 31, 63, 90, 95, 105, 106 e 108.

(1) Vide nota (1) á pag. 1084.
Os Avs. ns. 226 e 259—de 30 de Maio, e de 12 de Junho de 1863 declararão, que as disposições deste Regulamento são obrigatorias desde a sua data, devendo-se considerar nullas as posses de terras em cuja transferencia de dominio se tiver pago o imposto de siza posteriormente áquella data.

(2) Vide supra o art. 21 da Lei n. 601—de 1850.

pecial para as medições(1), no qual indique o modo pratico de proceder á ellas, e quaes as informações, que devem conter os memoriaes, de que trata o Art. 16 deste Regulamento.

§ 3.º Propor ao Governo as terras devolutas, que deverem ser reservadas: 1.º para a colonisação dos indigenas: 2.º para a fundação de Povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de Estabelecimentos publicos.

§ 4.º Fornecer ao Ministro da Marinha todas as informações, que tiver ácerca das terras devolutas, que em razão de sua situação, e abundancia de madeiras proprias para a construcção naval, convenha reservar para o dito fim.

§ 5.º Propor a porção de terras medidas, que annualmente deverem ser vendidas.

§ 6.º Fiscalisar a distribuição das terras devolutas, e a regularidade das operações da venda.

§ 7.º Promover a colonisação nacional, e estrangeira(2).

§ 8.º Promover o Registro das terras possuidas.

§ 9.º Propor ao Governo a formula, que devem ter os titulos de revalidação, e de legitimação de terras.

§ 10. Organisar, e submetter á approvação do Governo o Regulamento(3), que deve reger a sua Secretaria, e as de seus Delegados nas Provincias.

§ 11. Propor finalmente todas as medidas, que a experiencia fôr demonstrando convenientes para o bom desempenho de suas attribuições, e melhor execução da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850, e deste Regulamento.

(1) Vide *infra* o Av. n. 98—de 8 de Maio de 1854, dando Reg. provisorio para medição e demarcação das terras devolutas, e particulares, em execução deste §.

(2) O Governo Imperial em differentes documentos tem patenteado os seus esforços em pró dessas Colonisações.

Assim em 13 de Fevereiro de 1854 expedio uma Circular aos Encarregados de Negocios, e Consules na Europa e Estados-Unidos, solicitando informações.

Em 6 e 31 de Março do mesmo anno expedio Avisos aos Presidentes de Provincias sobre a Colonisação estabelecida, e a que se propuzerem estabelecer nas mesmas Provincias.

Em Avisos de 22 de Novembro, 7 e 18 de Dezembro de 1854 recusou colonisações em terras que se reclamava fóra dos termos previstos na Lei n. 601—de 1850, nas Provincias de S. Pedro e de S. Paulo.

Por Av. n. 312—de 14 de Setembro de 1857 tiverão os Presidentes de Provincia ordens de informar sobre os Colonos que houvessem aportado nas suas respectivas Provincias, e lugar definitivo do seu estabelecimento.

(3) Vide o Av. n. 95—de 24 de Abril de 1854 dando Regulamento provisorio para o serviço das Secretarias da Repartição geral das Terras Publicas, e dos seus Delegados nas Provincias, em execução deste §.

Art. 4.º Todas as ordens da Repartição geral das Terras Publicas, relativas a medição, divisão e discripção das terras devolutas nas Provincias; á sua conservação, venda e distribuição; á colonisação nacional e estrangeira; serão assignadas pelo Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Imperio, e dirigidas aos Presidentes das Provincias.

As informações, porem, que forem necessarias para o regular andamento do serviço a cargo da mesma Repartição, poderão ser exigidas pelo Director de seus Delegados (1), ou requisitadas das authoridades incumbidas por este Regulamento do registro das terras possuidas, da medição, divisão, conservação, fiscalisação e vendas das terras devolutas, e da legitimação ou revalidação das que estão sujeitas á estas formalidades.

Art. 5.º Compete ao Fiscal:

§ 1.º Dar parecer por escripto sobre todas as questões de terras, de que trata a Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850, e em que estiverem envolvidos direitos e interesses do Estado, e tiver de intervir a Repartição geral das Terras Publicas, em virtude deste Regulamento, ou por ordem do Governo.

§ 2.º Informar sobre os recursos interpostos das decisões dos Presidentes das Provincias para o Governo Imperial.

§ 3.º Participar ao Director Geral as faltas commettidas por quaesquer authoridades ou empregados, que por este Regulamento têm de exercer funcções concernentes ao Registro das terras possuidas, á conservação, venda, medição, demarcação, e fiscalisação das terras devolutas, ou que estão sujeitas á revalidação e legitimação pelos arts. 4º e 5º da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850.

§ 4.º Dar ao Director Geral todos os esclarecimentos e informações que forem exigidas para o bom andamento do serviço.

Art. 6.º Haverá nas Provincias huma Repartição especial das terras publicas nellas existentes(2). Esta Repartição será subor-

(1) O Av. n. 94—de 25 de Fevereiro de 1856 declarou que a correspondencia do Delegado com o Director Geral das Terras Publicas pode ser directa, sempre que se houver de dar informações, ou responder á exigencias que tenhão sido feitas pelo mesmo Director na conformidade do presente art.

(2) Estas Repartições forão creadas nas Provincias do Maranhão, Amazonas, Pará e Paraná por Dec. n. 1378, 1431, 1432 e 1433—de 22 de Abril e de 23 de Setembro de 1854.

Pelo que respeita a Provincia do Maranhão o Aviso de 21 de Julho do mesmo anno determinou que se regesse provisoriamente pelo Reg. de 24 de Abril do anno referido.

A da Provincia das Alagôas foi creada por Dec. n. 1648—de 29 de Setembro de 1855.

As de Pernambuco, Bahia, S. Catharina, S. Paulo,

dinada aos Presidentes das Provincias, e dirigida por um delegado do Director Geral das terras publicas; terá um Fiscal, que será o mesmo da Thesouraria; os Officiaes e Amanuenses que forem necessarios, segundo a affluencia do trabalho, e hum Porteiro servindo de Archivista.

O Delegado (1) e os Officiaes serão nomeados por Decreto Imperial; os Amanuenses e o Porteiro por Portaria do Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Imperio. Estes empregados (2) perceberão os vencimentos que forem marcados, por Decreto, segundo a importancia dos respectivos trabalhos.

Art. 7.° O Fiscal da Repartição Especial das terras publicas deve:

§ 1.° Dar parecer por escripto sobre todas as questões de terras de que trata a Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850, e em que estiverem envolvidos interesses do Estado, e tiver de intervir a Repartição Especial das terras publicas, em virtude da Lei, Regulamento e ordem do Presidente da Provincia.

§ 2.° Participar ao delegado do Chefe da Repartição geral, afim de as fazer subir ao conhecimento do Presidente da Provincia e ao do mesmo Chefe, as faltas commettidas por quaesquer authoridades ou empregados da respectiva Provincia, que por este Regulamento tem de exercer funcções concernentes ao registro das terras possuidas, á conservação, venda, medição, demarcação e fiscalisação das terras devolutas, ou que estão sujeitas á revalidação e legitimação pelos arts. 4° e 5° da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850.

§ 3.° Prestar ao delegado Chefe da repartição geral todos os esclarecimentos e informações que forem por elle exigidos para o bom andamento do serviço.

Art. 8.° O Governo fixará os emolumentos que as partes tem de pagar pelas certidões, cópias de mappas e quaesquer outros documentos passados nas Secretarias das Repartições geral e especiaes das terras publicas. Os titulos porém das terras distribuidas em virtude da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850 sómente pagarão o imposto fixado no art. 11 da mesma Lei (1).

Os emolumentos e imposto serão arrecadados como renda do Estado.

Art. 9.° O Director Geral das terras publicas, nos impedimentos temporarios, será substituido pelo Official-Maior da Repartição; e os Delegados por hum dos Officiaes da respectiva Secretaria, designado pelo Presidente da Provincia.

CAPITULO II.

Da medição das terras publicas.

Art. 10. As Provincias onde houver terras devolutas serão divididas em tantos districtos de medição quantos convier, comprehendendo cada districto parte de huma Comarca, huma ou mais Comarcas, e ainda a Provincia inteira, segundo a quantidade de terras devolutas ahi existentes, e a urgencia de sua medição.

Art. 11. Em cada districto haverá hum Inspector geral das medições, ao qual serão subordinados tantos escreventes, desenhadores e Agrimensores, quantos convier. O Inspector geral será nomeado pelo Governo sob proposta do Director geral. Os escreventes, desenhadores e Agrimensores serão nomeados pelo Inspector geral, com approvação do Presidente da Provincia.

Art. 12 As medições serão feitas por territorios, que regularmente formarão quadrados de seis mil braças de lado, subdivididos em lotes ou quadrados de quinhentas braças de lado, conforme a regra indicada no art. 14 da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850, e segundo o modo pratico prescripto no Regulamento especial (2) que fôr organisado pela Repartição geral das Terras Publicas.

Art. 13. Os Agrimensores trabalharão regularmente por contracto, que farão com o Inspector de cada districto, e no qual se fixará o seu vencimento por braça de medição, comprehendidas todas as despezas com picadores, homens de corda, demarcação, etc., etc.

O preço maximo de cada braça de medição será estabelecido no Regulamento Especial (3).

---

e Espirito-Santo por Dec. n. 1722, 1726, e 1758—de 9 e 20 de Fevereiro, e 26 de Abril de 1856.

As do Rio de Janeiro e de S. Pedro do Rio Grande do Sul por Dec. n. 1926 e 1984—de 25 de Abril e de 6 de Outubro de 1857.

(1) Entre as funcções deste Emprego e as do Director da Instrucção Publica na Provincia das Alagôas não existe incompatibilidade (Av. n. 94—de 25 de Fevereiro de 1856).

Assim como não ha com o cargo de Vereador da Camara Municipal (Av. n. 222—de 17 de Julho de 1858).

Segundo os Avs. n. 94 e 103—de 14 e 18 de Março de 1857 nenhuma despeza à cargo da Repartição das Terras Publicas deve ser paga sem o *visto* dos respectivos Delegados.

(2) O Av. n. 95—de 16 de Março de 1857 declarou incompativeis os cargos de Amanuense da Repartição das terras e Subdelegado de Policia.

Pelos Avs. n. 232 e 236—de 26 e 28 de Junho de 1856 tambem se declarou, que os Empregados das Repartições especiaes das Terras Publicas quando substituem uns aos outros tem direito aos vencimentos dos substituidos.

(1) Esses direitos não excedem, por titulo, de 1$000.

(2) Vide *infra* o Av. n. 95—de 8 de Maio de 1854.

(3) Vide *infra* o Av. n. 95—de 8 de Maio de 1854 nos arts. 7, 11 e 13.

Art. 14. O Inspector he o responsavel pela exactidão das medições; o trabalho dos Agrimensores lhe será por tanto submettido; e sendo por elle approvado, procederá á formação dos mappas de cada hum dos territorios medidos.

Art. 15. Destes mappas fará extrahir trez copias, huma para a Repartição Geral das Terras Publicas, outra para o Delegado da Provincia respectiva, e outra que deve permanecer em seu podér; formando a final hum mappa geral do seu districto.

Art. 16. Estes mappas serão acompanhados de memoriaes, contendo as notas descriptivas do terreno medido, e todas as outras indicações, que deverem ser feitas em conformidade do Regulamento Especial das medições (1).

Art. 17. A medição começará pelas terras, que se reputarem devolutas(2), e que não estiverem encravadas por posses, annunciando-se por editaes, e pelos jornaes, se os houver no districto, a medição, que se vai fazer.

Art. 18. O Governo poderá comtudo, se julgar conveniente, mandar proceder á medição das terras devolutas contiguas tanto ás terras, que se acharem no dominio particular, como ás posses sujeitas á legitimação, e sesmarias, e concessões do Governo sujeitas á revalidação respeitando os limites de humas e outras.

Art. 19. Neste caso, se os proprietarios, ou posseiros visinhos se sentirem prejudicados, apresentarão ao Agrimensor petição, em que exporão o prejuizo, que soffrerem. Não obstante continuará a medição; e ultimada ella, organisados pelo Inspector o memorial, e mappa respectivos, será tudo remettido ao Juiz Municipal, se o peticionario prejudicado fôr possuidor, ou sesmeiro não sujeito á legitimação, ou revalidação, e ao Juiz Commissario creado pelo Art. 30 deste Regulamento, se o dito peticionario fôr possuidor, ou sesmeiro sujeito á revalidação, ou legitimação (3). Tanto o Juiz Municipal, como o Commissario darão vista aos oppoentes por cinco dias para deduzirem seus embargos, que serão decididos, os deduzidos perante o Juiz Commissario nos termos, e com o recurso do art. 47 (1): e os deduzidos perante o Juiz Municipal na fórma das Leis existentes, e com recurso para as Authoridades judiciarias competentes.

Art. 20. As posses estabelecidas depois da publicação do presente Regulamento não devem ser respeitadas. Quando os Inspectores, e Agrimensores encontrem semelhantes posses, o participarão aos Juizes Municipaes para providenciarem na conformidade do art. 2 da Lei supracitada.

Art. 21. Os Inspectores não terão ordenado fixo, mas sim gratificações pelas medições (2), que fizerem, as quaes serão estabelecidas sob proposta do Director Geral das Terras Publicas, com attenção ás difficuldades, que offerecerem as terras a medir.

CAPITULO III.

Da revalidação, e legitimação das terras, e modo pratico de extremar o dominio publico do particular.

Art. 22. Todo o possuidor de terras, que tiver titulo legitimo da acquisição do seu dominio, que as terras que fizerem parte delle, tenhão sido originariamente adquiridas por posses de seus antecessores, quer por concessões de sesmarias não medidas, ou não confirmadas, nem cultivadas, se acha garantido em seu dominio, qualquer que for a sua extensão, por virtude do disposto no § 2.º do art. 3.º da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850, que exclue do dominio publico, e considera como não devolutas, todas as terras, que se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo (3).

Art. 23. Estes possuidores, bem como os que tiverem terras havidas por sesmarias, e outras concessões do Governo Geral, ou Provincial não incursas em commisso (4)

---

(1) Vide *infra* o Av. n. 95—de 8 de Março de 1854 nos art. 53 e 54.

(2) *Devolutas*.

O Av. de 21 de Dezembro de 1854 declarou que todas as terras que se não acharem no dominio, ou posse particular, ou applicadas á usos publicos no tempo da promulgação da Lei das terras, ficarão consideradas *devolutas*; e por isso as medidas para os engajados ao serviço do Exercito se devem considerar como taes, em quanto não forem pelos mesmos distribuidas; bem como são as que se tiverem de medir, para a venda, emquanto esta se não realisar.

(3) O Av. n. 81—de 9 de Março de 1858 declarou, que as questões de limites de Sesmarias e posses particulares que forem confinantes com terrenos devolutos, sejão da alçada dos Juizes Commissarios.

Este Av. circular refere-se ao Dec. n. 2.175—de 13 de Fevereiro do mesmo anno.

Vide *infra* o art. 30 e nota.

(1) Vide *infra* na nota ao art. 47 o Av. n. 479—de 6 de Novembro de 1868.

(2) O Av. n. 46—de 21 de Janeiro de 1856 declarou, que os Presidentes de Provincia não podem conceder licenças *com vencimentos* aos Inspectores, Agrimensores, e mais empregados das Inspectorias geraes de medições, por quanto taes empregados não tem *ordenados fixos*, mas gratificações correspondentes ás suas commissões.

(3) *Titulo legitimo*.

O Av. de 12 de Outubro de 1854 declarou, que os proprietarios que tivessem adquirido por compra ou qualquer outro *titulo legitimo*, terras de cultura ou criação, originariamente concedidos pelas Camaras Municipaes, estão incluidos na ampla disposição deste art.

Vide *infra* as notas aos arts. 27 e 41.

(4) *Incursas em commisso*.

O Av. de 5 de Dezembro de 1854 declarou, que devem-se considerar *incursas em commisso* as Sesmarias ou outras concessões dos Governos Geral e Provincial, logo que as formalidades deste artigo não forem preenchidas.

Vide *infra* o art. 58.

por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação, e cultura, não tem precisão de revalidação, nem de legitimação, nem de novos titulos para poderem gozar, hypothecar, ou alienar os terrenos, que se achão no seu dominio.

Art. 24. Estão sujeitos á legitimação:

§ 1.º As posses que se acharem em poder do primeiro occupante (1), não tendo outro titulo senão a sua occupação (2).

§ 2.º As que, posto se achem em poder de segundo occupante, não tiverem sido por este adquiridas por titulo legitimo.

---

(1) *Primeiro occupante.*

O Av. de 5 de Desembro de 1854 declarou, que todas as posses em poder do primeiro occupante estão sujeitas á legitimação, sejão ou não de mais de trinta annos.

Vidé *infra* o art. 28 e nota respectiva.

Por Av. de 12 de Outubro do mesmo anno se declarou, que as terras concedidas pelas Camaras Municipaes que estiverem ainda no poder dos primitivos concessionarios devem ser consideradas como *simples posses*, e nesta qualidade sujeitas á legitimação. E nestas condições, estão dentro do determinado no art. 44 e seguintes.

Por outro Av. n. —de 23 de Novembro do referido anno, tambem se declarou que as terras de patrimonio de alguma Igreja Matriz, onde se achão estabelecidos alguns moradores estão tambem sujeitos á legitimação e registro, com quanto pareça que a Parochia se não possa considerar com direito as mesmas terras, por quanto a declaração para o registro não dá direito, que somente resulta da legitimação.

(2) *Sua occupação.*

O Av. n. 126—de 10 de Abril de 1858 dá as seguintes instrucções para a legitimação das posses pertencentes á *pessôas pobres.*

« Sua Magestade o Imperador, attendendo a que entre os individuos, cujas posses têem de ser legitimadas na conformidade do art. 24 do Reg. de 30 de Janeiro de 1854, alguns são tão pobres que não podem fazer as despezas que exige a respectiva legitimação, especialmente aquelles que possuem terras de mui pequena extensão, e de valor tal que não chega á importancia das ditas despezas; houve por bem resolver, conformando-se com o parecer da Secção dos Negocios do Imperio do Conselho de Estado datado de 30 de Outubro de 1857.

« 1º, que o Juiz Commissario que tiver de proceder á medição para as legitimações das referidas posses, quando reconhecer que estas não excedem á área de 250,000 braças quadradas, e que os respectivos posseiros não têem meios para satisfazerem as despezas da medição e legitimação, deverá informar ao Presidente ácerca das circumstancias que occorrerem, e que lhes pareção favoraveis aos mesmos posseiros, afim de que este, tomando em consideração a exposição feita pelo mesmo Commissario, e procurando colher, pelos meios ao seu alcance, os precisos esclarecimentos a tal respeito, decida como parecer attendivel.

« 2º, que se a decisão fôr conforme á opinião do Juiz Commissario, deverá este proceder á legitimação por conta do Governo, registrando porém as despezas feitas com todo o processo da medição e legitimação de taes posses, até que se resolva competentemente sobre este mesmo objecto.

« E porque a deliberação tomada em attenção aos posseiros pobres fica dependente de resolução posterior, e cumpre que a Fazenda Publica seja convenientemente garantida, manda o mesmo Augusto Senhor que o Juiz Commissario faça lavrar o competente termo na conformidade do exposto, o qual, depois de assignado pelo posseiro e por duas testemunhas, se ajuntará aos autos respectivos, e será julgado firme e valioso na mesma sentença que julgar por finda a legitimação, observando-se os demais termos prescriptos nos arts. 49 e seguintes do Reg. de 30 de Janeiro de 1854. »

§ 3.º As que, achando-se em poder do primeiro occupante até a data da publicação do presente Regulamento, tiverem sido alienadas (1) contra a prohibição do art. 11 da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850.

Art. 25. São titulos legitimos (2) todos aquelles, que segundo o Direito são aptos para transferir o dominio.

Art. 26. Os escriptos particulares de compra e venda, ou doação, nos casos em que por Direito são aptos para transferir o dominio de bens de raiz, se considerão legitimos, se o pagamento do respectivo imposto tiver sido verificado antes da publicação (3) deste Regulamento: no caso porém de que o pagamento se tenha realisado depois dessa data (4), não dispensarão a legitimação, se as terras transferidas houverem sido adquiridas por posse, e o que as transferir tiver sido o seu primeiro occupante.

Art. 27. Estão sujeitas á revalidação as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral, ou Provincial que, estando ainda no dominio dos primeiros sesmeiros (5), ou concessionarios, se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro, ou concessionario, ou de quem o represente, e que não tiverem sido medidas, e demarcadas.

Exceptuão-se porém aquellas sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que tiverem sido dispensadas das condições acima exigidas por acto do

---

(1) *Tiverem sido alienadas.*

O Av. n. 178 A—de 17 de Abril de 1865 declarou que as posses compradas posteriormente á este Reg. estão sujeitas ás disposições do presente §.

(2) *Titulos legitimos.*

Vide Av. de 5 de Dezembro de 1854 na nota ao art. 41 deste Reg.

(3) *Antes da publicação.*

O Av. n. 226—de 30 de Maio de 1863 declarou, que sendo obrigatorias desde a sua data as disposições deste Reg., bem decidira o Juiz Commissario de Itapé-mirim, na Provincia do Espirito-Santo, quando nesta conformidade fez applicação deste art. contra algumas posses de terras que julgou illegaes.

O Av. n. 327—de 23 de Setembro de 1857 declarou, que este art. não obriga á revalidação aquelles que possuem por compra partes de sesmarias, ainda que não pagassem o importe da siza *antes da publicação* deste Reg., uma vez que o tenhão feito *depois.*

(4) *Depois dessa data.*

O Av. n. 357—de 8 de Outubro de 1857 declarou, que cumpre distinguir as condições em que estiverem as sesmarias, por quanto se a venda das porções, de que se trata, tiver tido lugar depois da publicação da L. n. 601—de 1850, sem que ao tempo della se achassem cumpridas as condições declaradas no § 2 do art. 3 da mesma Lei, não pode ser reconhecida, embora se pagasse a siza, por haverem as sesmarias cahido em commisso.

(5) *No dominio dos primeiros Sesmeiros.*

O Av. n. 318— de 29 de Setembro de 1856 declarou, que as Sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial que, estando ainda em poder dos primitivos Sesmeiros ou Concessionarios, não tem principio de cultura e morada habitual, quer *medidas e demarcadas*, quer não, devem-se considerar devolutas em presença deste art.; não assim porem, se antes da publicação deste Reg. tiverem por *titulo legitimo* passado para o poder de terceiro, segundo o art. 22 deste Reg.

poder competente; e bem assim as terras concedidas á Companhias para estabelecimento de Colonias, e que forem medidas e demarcadas dentro dos prazos da concessão.

Art. 28. Logo que fôr publicado o presente Regulamento, os Presidentes das Provincias exigirão dos Juizes de Direito, dos Juizes Municipaes, Delegados, Subdelegados e Juizes de Paz informação circumstanciada (1) sobre a existencia, ou não existencia em suas Comarcas, Termos e Districtos de posses sujeitas á legitimação, e de sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral, ou Provincial sujeitas á revalidação na fórma dos arts. 24, 25, 26 e 27.

Art. 29. Se as Authoridades, á quem incumbe dar taes informações, deixarem de o fazer nos prazos marcados pelos Presidentes das Provincias, serão punidas pelos mesmos Presidentes com a multa de cincoenta mil réis, e com o dobro nas reincidencias (2).

Art. 30. Obtidas as necessarias informações, os Presidentes das Provincias nomearão (3) para cada hum dos Municipios, em que existirem sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral, ou Provincial, sujeitas á revalidação, ou posses sujeitas á legitimação; hum Juiz Commissario de medições (1).

Art. 31. Os nomeados para este emprego, que não tiverem legitima escusa, a juizo do Presidente da Provincia, serão obrigados a aceita-lo, e poderão ser compellidos á isso por multas até a quantia de cem mil réis.

Art. 32. Feita a nomeação dos Juizes Commissarios das medições, o Presidente da Provincia marcará o prazo (2), em que deverão ser medidas as terras adquiridas por posses sujeitas á legitimação, ou por sesmarias, ou outras concessões, que estejão por medir, e sujeitas á revalidação, marcando maior ou menor prazo, segundo as circumstancias do Municipio, e o maior ou menor numero de posses, e sesmarias sujeitas á legitimação, e revalidação, que ahi existirem.

Art. 33. Os prazos marcados poderão ser prorogados pelos mesmos Presidentes, se assim o julgarem conveniente (3): e neste caso a prorogação aproveita a todos os possuidores do Municipio para o qual fôr concedida.

Art. 34. Os Juizes Commissarios das medições são os competentes:

1º. Para proceder á medição, e demarca-

---

(1) *Informação circumstanciada.*

O Av. de 31 de Julho de 1854 declarou, que independentemente de quaesquer despesas, e sem o onus de percorrerem pessoalmente os Termos e Districtos, devem as referidas Autoridades prestar essas informações, procurando soccorrer-se de esclarecimentos de pessôas competentes, documentos e de outros meios indirectos á seu alcance.

O Av. de 5 de Dezembro de 1854 sobre a seguinte duvida — se as informações exigidas neste artigo devem comprehender não só as posses conhecidamente nas circumstancias de serem legitimadas, como tambem aquellas que se achão *simplesmente occupadas*, ou que possão considerar-se como posses não effectivas, posto que em poder do primeiro occupante—, declarou; que as Authoridades notadas no artigo devem informar sobre a existencia tanto de umas como de outras posses, se não tiverem ellas outro titulo senão a occupação, segundo a regra estabelecida no § 1 do art. 24, com tanto que sua informação seja acompanhada das necessarias explicações:

« O Av. n. 78—de 8 de Fevereiro de 1858 declarou, que as informações de que trata este art. não podem deixar de ser um pouco vagas e incompletas, porquanto impossivel he em geral aos Juizes de Direito e Municipaes e de Paz, e aos Delegados e Subdelegados terem conhecimento perfeito dos limites de todas as posses e Sesmarias sujeitas á legitimação e revalidação, nos districtos de sua jurisdicção. »

Conclue dizendo:

.... o juizo prudencial de V. Ex. (o Presidente da Provincia) avaliará bem até onde podem ir as informações sobre terrenos, que não poucas vezes os que se dizem delles possuidores, ou o são, desconhecem sua extensão e limites. »

(2) O Av. n. 78—de 8 de Fevereiro de 1856 declarou, que neste art. tem os Presidentes de Provincia meios de coagir os empregados de que trata o art. 28 a cumprirem, da maneira que lhes fôr possivel, o dever de informar sobre as posses e Sesmarias, que devem ser legitimadas e revalidadas.

(3) *Nomeação.*

O Av. n. 7 *add.*—de 3 de Novembro de 1854 declarou, que sómente em falta de pessôa habilitada, e existindo urgencia podia a nomeação do Juiz Commissario recahir nos Juizes Municipaes.

O Av. n. 11 *add.*—de 11 de Junho de 1855 accrescenta que taes nomeações são sómente admissiveis, por excepção, i. e. na falta de pessôas habilitadas.

Pelo Av. n. 6—de 22 de Janeiro de 1856 foi o Presidente do Amazonas authorisado para noméar Juiz Commissario á um Engenheiro, para ir fazendo as medições nos lugares onde houvesse maior affluencia de trabalho; os quaes, em conformidade do Av. n. 14—de 14 de Janeiro de 1857, devião prestar-se ao processo de legitimação e revalidação, quando requeridos, de preferencia á qualquer outro serviço.

(1) *Juiz Commissario de medições.*

O Av. n. 78—de 8 de Fevereiro de 1856 declarou, que para a nomeação destes Juizes basta que os Presidentes de Provincia tenhão informação sobre a existencia de posse e Sesmarias, que se achem no dominio particular, sem titulos legitimos, definidos segundo o presente Reg.

Estes Juizes na conformidade do Av. n. 91—de 13 de Março de 1857 não devem proceder á legitimação ou revalidáção de posses ou sesmarias de filhos ou genros seus, nem de collateraes até o 2º gráo, cumprindo que neste caso os interessados requeirão ao Presidente da Provincia para que faça outra nomeação *ad hoc*, por não ter este cargo substitutos legaes.

O Av. n. 12—de 8 de Abril de 1858 determinou, que os Arbitros ou peritos empregados pelo Juiz Commissario não tem jus para cobrar das partes emolumento algum, salvo o Escrivão, assim como não devem nestes processos intervir Officiaes de Justiça.

Vide supra o art. 19 e nota.

(2) *Prazo.*

O Av. n. 47—de 22 de Janeiro de 1856 determinou, que convindo descriminar, no menor praso possivel, as terras particulares das publicas, os prasos notados neste artigo devem ser os mais curtos possiveis: os quaes somente poderão ser prorogados na forma do art. 33 *infra*, quando se derem rasões muito attendiveis, e independentes da vontade dos posseiros e sesmeiros, cumprindo que taes prazos não excedão de um anno, conforme o Av. n. 133—de 6 de Abril de 1857.

(3) Vide nota ao art. precedente.

ção das sesmarias, ou concessões do Governo Geral, ou Provincial, sujeitas á revalidação, e das posses sujeitas á legitimação.

2°. Para nomear os seus respectivos Escrivães, e os Agrimensores, que com elles devem proceder as medições,e demarcações.

Art. 35. Os Agrimensores serão pessoas habilitadas por qualquer escola nacional ou estrangeira, reconhecida pelos respectivos Governos,e em que se ensine topographia. Na falta de titulo competente serão habilitados por exame feito por dous Officiaes do Corpo de Engenheiros, ou por duas pessoas que tenhão o curso completo da Escola Militar, sendo os examinadores nomeados pelos Presidentes das Provincias.

Art. 36. Os Juizes Commissarios não procederão a medição alguma sem preceder requerimento de parte (1): o requerimento deverá designar o lugar, em que he sita a posse, Sesmaria, ou concessão do Governo, e os seus confrontantes.

Art. 37. Requerida a medição, o Juiz Commissario, verificando a circumstancia da cultura effectiva, e morada habitual, de que trata o art. 6 da Lei n. 601 —de 18 de Setembro de 1850, e que não são simples roçados, derrubadas, ou queimas de matos, e outros actos semelhantes, os que constituem a pretendida posse, marcará o dia em que a deve começar, fazendo-o publico com antecedencia de oito dias, pelo menos, por editaes, que serão affixados nos lugares do costume na Freguezia em que se acharem as possessões, ou Sesmarias que houverem de ser legitimadas, ou revalidadas, e fazendo citar os confrontantes por carta de Edictos.

Art. 38. No dia assignado para a medição, reunidos no lugar o Juiz Commissario, Escrivão, e Agrimensor, e os demais empregados na medição, deferirá o Juiz juramento ao Escrivão e Agrimensor, se já o não tiverem recebido; e fará lavrar termo do qual conste a fixação dos editaes, e entrega das cartas de citação aos confrontantes.

Art. 39. Immediatamente declarará aberta a audiencia, e ouvirá a parte, e os confrontantes, decidindo administrativamente, e sem recurso immediato os requerimentos tanto verbaes como escriptos, que lhe fôrem apresentados.

Art. 40. Se a medição requerida fôr de Sesmaria, ou outra concessão do Governo, fará prodeder a ella de conformidade com os rumos, e confrontações designados no titulo de concessão; comtanto que a Sesmaria tenha cultura effectiva e morada habitual, como determina o art. 6 da Lei n. 601 —de 18 de Setembro de 1850 (2).

(1) Vide nota *supra* ao art. 19, assim como *infra* o art. 54 deste Reg.

(2) Vide *infra* o art. 54 deste Reg.

Art. 41. Se dentro dos limites da Sesmaria ou concessão encontrarem posses com cultura effectiva, ou morada habitual, em circumstancias de serem legitimadas, examinarão se essas pssses tem em seu favor algumas das excepções constantes da segunda parte do § 2 do art. 5 da Lei n. 601 —de 18 de Setembro de 1850, e verificada alguma das ditas excepções, em favor das posses, deverão ellas ser medidas, afim de que os respectivos posseiros obtenhão a sua legitimação, medindo-se neste caso para o Sesmeiro ou concessionario o terreno que restar da Sesmaria ou concessão, se o Sesmeiro não preferir o rateio de que trata o § 3 do art. 5 da Lei (1).

Art. 42. Se porem as posses que se acharem nas Sesmarias ou concessões não tiverem em seu favor alguma das ditas excepções, o Juiz Commissario fará proceder á avaliação das bemfeitorias que nellas existirem, e entregue o seu valor ao posseiro, ou competentemente depositado, se este o não quizer receber, ás fará despejar, proceder á medição de conformidade com o titulo da Sesmaria ou concessão.

Art. 43. A avaliação das bemfeitorias se fará por dous Arbitros nomeados, hum pelo Sesmeiro ou concessionario, e o outro pelo posseiro; e se aquelles discordarem na avaliação, o Juiz Commissario nomeará hum terceiro arbitro, cujo voto permanecerá, e em que poderá concordar com hum dos dous, ou indicar novo valor, comtanto que não esteja fóra dos limites dos preços arbitrados pelos outros dous.

Art. 44. Se a medição requerida fôr de posses não situadas dentro de Sesmarias, ou outras concessões, porem em terrenos que se acharem devolutos e tiverem sido adquiridos por occupação primaria, ou havidos sem titulos legitimos do primeiro occupante (2), devem ser legitimadas, estando cultivadas ou com principio de cultura, e morada habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente; o Juiz Commissario fará estimar por Arbitros os limites da posse, ou seja em terras de cultura ou em campos de criação; e verificados esses limites e calculada pelo Agrimensor a área nelles contida fará medir para o posseiro o terreno que tiver sido cultivado, ou estiver occupado

(1) *Obtenhão a sua legitimação.*

No Av. de 5 de Dezembro de 1854 a posse de mais de trinta annos que não está no poder do primeiro occupante, mas do segundo, por titulo de compra, e encravada dentro de uma concessão de duas leguas de terras ainda não medidas, nem demarcadas, e confirmadas, não está dependente de legitimação, nos termos dos arts. 22 e 25 deste Reg., e do presente artigo da Lei n. 601—de 1850, comtanto que o titulo da respectiva transferencia se ache revestido das formalidades exigidas no art. 26.

Vide *supra* a nota ao art. 25.

(2) *Primeiro occupante.*

Vide *supra* nota ao art. 24 § 1.

por animaes, sendo terras de criação, e outro tanto mais de terreno devoluto, que houver contiguo; comtanto que não prejudique a terceiro(1), e que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a huma Sesmaria para cultura ou criação, igual ás ultimas concedidas na mesma Comarca, ou na mais visinha.

Art. 45. Se a posse que se houver de medir fôr limitada por outras cujos posseiros possão ser prejudicados com a estimação do terreno occupado, cada hum dos posseiros limitrophes nomeará hum arbitro, os quaes, unidos ao nomeado pelo primeiro, cujo terreno se vai estimar, procederão em commum á estimação dos limites de todas, para proceder-se ao calculo de suas áreas, e ao rateio segundo a porção que cada hum posseiro tiver cultivado ou aproveitado. Se os Arbitros não concordarem entre si, o Juiz nomeará hum novo, cujo voto prevalecerá, e em que poderá concordar com o de qualquer dos antecedentes Arbitros, ou indicar novos limites, com tanto que estes não comprehendão, em cada posse, áreas maiores ou menores do que as comprehendidas nos limites estimados pelos anteriores arbitros.

Art. 46. Se porem a posse não fôr limitada por outras que possão ser prejudicadas, a estimação do terreno aproveitado ou occupado por animaes se fará por dous Arbitros, hum nomeado pelo posseiro, e outro pelo Escrivão, que servirá neste caso de Promotor do Juizo; e se discordarem estes, o Juiz nomeará hum terceiro Arbitro, que poderá concordar com hum dos dous primeiros, ou fixar novos limites: comtanto que sejão dentro do terreno incluido entre os limites estimados pelos outros dous.

Art. 47. Nas medições, tanto de Sesmarias, e outras concessões do Governo Geral e Provincial, sujeitas a revalidação, como nas posses sujeitas á limitação, as decisões dos Arbitros, aos quaes serão submettidas pelo Juiz Commissario todas as questões e duvidas de facto que se suscitarem, não serão sujeitas a recurso algum(1); as dos Juizes Commissarios porém, que versarem sobre o direito dos Sesmeiros, ou posseiros, e seus confrontantes, estão sujeitas a recurso para o Presidente da Provincia, e deste para o Governo Imperial.

Art. 48. Estes recursos não suspenderão a execução; ultimada ella, e feita a demarcação(2), escriptos nos autos todos os termos respectivos, os quaes serão tambem assignados pelo Agrimensor, organizará este o mappa que a deve esclarecer, e unidos aos autos todos os requerimentos escriptos que tiver havido, e todos os documentos apresentados pelas partes, o Juiz Commissario a julgará por finda; fará extrahir hum traslado dos autos(3) para ficarem em poder do Escrivão, e remetterá os originaes ao Presidente da Provincia, ainda quando não tenha havido interposição de recurso.

Art. 49. Recebidos os autos pelo Presidente, e obtidos por elle todos os esclarecimentos que julgar necessarios, ouvirá o parecer do delegado do Director das Terras Publicas(4), e este ao Fiscal respectivo, e dará a sua decisão, que será publicada na secretaria da Presidencia, e registrada no respectivo livro da porta.

Art. 50. Se o Presidente entender que a medição foi irregular, ou que se não guardou ás partes o seu direito, em conformidade da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850, e do presente Regulamento, mandará proceder a nova medição, dando as instrucções necessarias á correcção dos erros que tiver havido; e, se entender justo, poderá condemnar o Juiz Commissario, o Escrivão e Agrimensor a perderem os emolumentos que tiverem precebido pela medição irregular.

Art. 51. Se o julgamento do Presidente approvar a medição, serão os autos remettidos ao Delegado do Director Geral das Terras Publicas para fazer passar em favor

---

(1) *Não prejudique á terceiro.*

O Av. de 25 de Novembro de 1854 declarou que o *campo* que he, ou tornou-se por qualquer motivo *de uso commum*, não póde ser declarado como posse de um só posseiro, convindo que se indague se o *campo de uso commum*, se acha nas condições do § 4 do art. 5 da L. n. 601—de 1850.

O Av. de 5 de Julho de 1855 declarou que os *campos de uso commum* de que trata o § 4 do art. 5 da L. n. 601—do 1850, podem ser sómente usufruidos, mas não occupados por pessôas que nos mesmos pretendão estabelecer-se.

Fundado nesta doutrina o Av. n. 138—de 8 de Abril de 1857 declarou, que não podião ser approvadas as concessões feitas pela Presidencia do Amazonas, para o estabelecimento de uma ou mais fazendas de creação de gados nos campos devolutos em diversos pontos da mesma Provincia, por serem oppostos á Lei, e á resoluções já dadas sobre pretenções semelhantes.

Por Av. n. 127—de 10 de Abril de 1858 se declarou, que as posses transferidas á segundo occupante por titulo aliás legitimo, mas do qual só se pagára o respectivo imposto depois da publicação deste Reg., devem ser medidas de conformidade do presente art., que tambem está de harmonia com o art. 26 *supra*.

(1) *Não serão sujeitos á recurso algum.*

O Av. n. 479—de 6 de Novembro de 1868 declarou, que tendo o Av. de 26 de Maio do mesmo anno resolvido que as questões de facto sejão dicididas conciliatoriamente pelo Commissario especial, com recurso para a Presidencia e Governo Imperial, assim se observe.

(2) *Feita a demarcação.*

O Av. de 3 de Outubro de 1854 declarou, que os marcos nas medições devem ser feitos na conformidade dos arts. 14 e 15 do Av. n. 98—de 8 de Maio do mesmo anno, que mais adiante se verá.

(3) *Traslado dos autos.*

O Av. n. 150—de 3 de Abril de 1860 declarou, que este traslado deve ser escripto em papel sellado.

(4) Vide *supra* a nota ao § 3 do art. 24.

O Av. n. 275—de 18 de Agosto de 1857 approvou a decisão do Presidente da Provincia de S. Pedro nomeando um Juiz de Direito para servir de Delegado do Director Geral das Terras Publicas no processo de medições em que interessava Ignacio Antonio de Moraes, recommendando-se a observancia da Lei em questões identicas.

do posseiro, sesmeiro, ou concessionario o respectivo titulo de sua possessão, sesmaria, ou concessão, depois de pagos na Thesouraria os direitos de Chancellaria (1), segundo a taxa do art. 11 da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850. Os titulos serão assignados pelo Presidente.

Art. 52. Das decisões do Presidente da Provincia dá-se recurso para o Governo Imperial. Este recurso será interposto em requerimento apresentado ao Secretario da Presidencia dentro de dez dias (2), contados da data da publicação da decisão na Secretaria; e sendo assim apresentado, suspenderá a execução da decisão emquanto pender o recurso, que será remettido officialmente por intermedio do Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Imperio.

Art. 53. Os concessionarios de sesmarias que, posto tenhão sido medidas, estão sujeitas á revalidação por falta do cumprimento da condição de confirmação, a requereráõ aos Presidentes das Provincias, os quaes mandarão expedir o competente titulo pelo Director Geral das Terras Publicas, se da medição houver sentença passada em julgado.

Art. 54. Os concessionarios de sesmarias que, posto tenhão sido medidas, não tiverem sentença de medição passada em julgado, deveráõ fazer proceder á medição nos termos dos arts. 36 e 40, para poderem obter o titulo de revalidação.

Art. 55. Os Presidentes das Provincias, quando nomearem os Juízes Commissarios de medições, marcaráõ os salarios e emolumentos (3) que estes, seus Escrivães e Agrimensores deverão receber das partes pelas medições, que fizerem.

(1) *Direitos de Chancellaria.*

Vide *supra* nota ao art. 8.

(2) *Dentro de dez dias.*

O Av. n. 584—de 23 de Dezembro de 1865 indeferindo um recurso da Provincia de S. Pedro, declarou que nada havia a deferir áquelle respeito, porquanto o primeiro recurso interposto, segundo o estabelecido neste art., já havia sido julgado de conformidade com os principios estatuidos nos arts. 23 á 25 do D. n. 2343—de 29 de Junho de 1859, por não terem sido oppostos os embargos em tempo; e finalmente por não ser admissivel um *novo* recurso para a mesma authoridade, mas sim para o Governo Imperial, como preceitúa o art. 45 do D. n. 124—de 5 de Fevereiro de 1842.

(3) *Salarios e emolumentos.*

O Aviso n. 76—de 21 de Março de 1864 declarou, que os Juizes Commissarios apenas tem direito aos emolumentos marcados pelas Presidencias na forma deste art.

Pelo Av. *Circ.*—de 4 de Março de 1854 se ordenou, que as Presidencias na fixação do maximo dos salarios e emolumentos pelas medições estabelecessem que os os Juizes Commissarios, Escrivães e Agrimensores não percebessem gratificação ou emolumento fixo, mas determinada quota de quantia, e nunca maior de 80 réis por braça de medição.

Mas no Av. de 3 de Outubro do mesmo anno se determinou:

1º—que da quota de 80 réis maximo marcado para o custo da braça de medição, tambem se devião primeiro deduzir as despezas com os cortadores de matto e mais trabalhadores, custo dos marcos e seus assentamentos.

2º—que os Presidentes de Provincia, habilitados com o conhecimento das precisas circumstancias, compete o arbitramento da quota proporcional ao Juiz, ao Escrivão, e Agrimensores de que se occupou o Av. *Circ.*—de 4 de Março do mesmo anno.

No Av n. 47—de 22 de Janeiro de 1856 dirigido á Presidencia do Amasonas, fixou o Governo quaes os emolumentos que devião perceber os Juizes Commissarios e outros Empregados em medições, expressando-se nestes termos:

« Illm. e Exm. Sr.—Communicando V. Ex. em Officio n 125 de 21 de Novembro do anno findo, não ter ainda feito nomeações de Juizes Commissarios para a revalidação e legitimação das posses e sesmarias, que estão sujeitas á estas formalidades, por não havér na Provincia pessoas habilitadas para tal emprego, e menos Agrimensores, que os coadjuvem; resolveo o Governo Imperial nomear hum Official do Corpo de Engenheiros, que brevemente seguirá para ahi, acompanhado de hum ou dous Agrimensores.

« Ao Official Engeuheiro poderá V. Ex. nomear Juiz Commissario de medições successivamente para cada hum dos Municipios da Provincia, começando por aquelle onde maior affluencia de trabalho houver.

« E como convenha terminar no menor prazo possivel a descriminação das terras particulares das publicas, os prazos de que trata o art. 32 do Regulamento de 30 de Janeiro de 1854, serão os mais curtos possiveis, e V. Ex. só os prorogará, como permitte o art. 33 do mesmo Regulamento, quando se derem razões muito attendiveis, e independentes da vontade dos posseiros e sesmeiras.

« Os Juizes Commissarios e Agrimensores segundo o art. 55 não percebem dos cofres publicos vencimentos alguns, e apenas competem-lhes os salarios e emolumentos marcados pelos Presidentes das Provincias, e pagos pelos posseiros ou concessionarios, cujas terras se medirem e demarcarem; ora não sendo possivel fazer seguir para ahi, da Côrte, ou de qualquer Provincia, pessoas competentemente habilitadas para os lugares de Juizes Commissarios e de Agrimensores sem vencimentos certos, e sim dependentes da vontade e capricho dos posseiros e sesmeiros: resolveo Sua Magestade o Imperador que o Official do Corpo de Engenheiros, além do seu soldo, perceba, quando não empregado effectivamente nas apurações de legitimação e revalidação, a gratificação mensal de 150$000, e os Agrimensores a de 100$000, contada do dia em que seguir da Côrte com destino a essa Provincia.

« Para que o Engenheiro e Agrimensores não venção as gratificações acima indicadas sem utilidade publica, quando não houver terras a legitimar, ou revalidar, V. Ex. os empregará em outro qualquer serviço Geral ou Provincial; e se para qualquer destes houver creditos para suas despezas, o Engenheiro e Agrimensores vencerão por conta desses creditos as vantagens correspondentes, sendo seu importe deduzido das gratificações, que neste Aviso são acima fixadas.

« Na falta de serviços que tenhão creditos abertos, poderá V. Ex. empregar o Engenheiro e Agrimensores em qualquer outro, comtanto que nenhuma despeza accresça mais á Repartição do Imperio, além das gratificações mensaes de cento cincoenta mil reis e cem mil réis, de que fallei. Durante o tempo para a legitimação e revalidação, porem, das posses e sesmarias, não perceberão o Engenheiro e Agrimensores outros vencimentos, além dos indicados no art. 53 do Regulamento citado. »

A estas decisões cumpre accrescentar:

O Av. n. 75—de 8 de Fevereiro de 1856 que declara, que dado o caso de deixar de haver trabalho por facto ou circumstancias independentes da vontade dos Agrimensores empregados nas medições, deve-se-lhe abonar nesses dias, não sendo domingo ou dia santo, metade dos vencimentos fixos, á que tenhão direito em dias de trabalho.

No Av. n. 69—de 20 de Fevereiro de 1857 determinou-se que na Provincia do Pará, fossem os Agrimensores da Inspectoria das medições *provisoriamente* pagos do seu ordenado fixo por inteiro ainda nos dias, em que não trabalhassem por motivos inteiramente estranhos á sua vontade.

Art. 56. Findo o prazo marcado pelo Presidente para medição das sesmarias, e concessões do Governo sujeitas á revalidação, e das posses sujeitas á legitimação, os Commissarios informaráõ aos Presidentes do estado das medições e do numero das sesmarias e posses que se acharem por medir, declarando as causas que houverem inhibido a ultimação das medições.

Art. 57. Os Presidentes, á vista destas informações, deliberáráõ sobre a justiça, e conveniencia da concessão de novo prazo ; e resolvendo a concessão, a communicaráõ aos Commissarios para proseguirem nas medições.

Art. 58. Findos os prazos que tiverem sido concedidos, os Presidentes faráõ declarar pelos Commissarios áos possuidores de terras, que tiverem deixado de cumprir a obrigação de as fazer medir, que elles têm cahido em commisso(1),e perdido o direito de serem preenchidos das terras concedidas por seus titulos, ou por favor da Lei n. 601 —de 18 de Setembro de 1850, e desta circumstancia faráõ as convenientes participações ao Delegado do Director Geral das Terras Publicas, e este ao referido Director, afim de dar as providencias para a medição das terras devolutas que ficarem existindo em virtude dos ditos commissos.

CAPITULO IV.

Da medição das terras que se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo.

Art. 59. As posses originariamente adquiridas por occupação, que não estão sujeitas á legitimação por se acharem actualmente no dominio particular(2)por titulo legitimo, podem ser comtudo legitimadas, se os proprietarios pretenderem obter titulo de sua possessão(1), passado pela Repartição Geral das Terras Publicas.

Art. 60. Os possuidores que estiverem nas circumstancias do artigo antecedente requereráõ aos Juizes Municipaes (2) medição das terras que se acharem no seu dominio por titulo legitimo(3); e estes á vista do respectivo titulo a determinaráõ, citados os confrontantes. No processo de taes medições guardar-se-hão as Leis e Regulamentos existentes, e de conformidade com suas disposições se darão todos os recursos para as Autoridades judiciarias existentes.

Art. 61. Obtida a sentença de medição, e passada em julgado, os proprietarios poderão solicitar com ella dos Presidentes de Provincia o titulo de suas possessões, e estes o mandaráõ passar pela maneira declarada no art. 51.

Art. 62 Os possuidores de sesmarias, que, posto não fossem medidas, não estão sujeitas á revalidação por não se acharem já no dominio dos concessionarios, mas sim no de outrem com titulo legitimo, poderão igualmente obter novos titulos de sua propriedade(4), feita a medição pelos Juizes Municipaes nos termos dos Artigos antecedentes.

Art. 63. Os Juizes de Direito, nas correições que fizerem, indagarão se os Juizes Municipaes são activos, e diligentes em proceder ás medições, de que trata este Capitulo, e que lhes forem requeridas; e achando-os em negligencia, lhes poderão impor a multa de cem a duzentos mil reis. Esta multa bem como a dos Artigos antecedentes, serão cobradas executivamente como dividas da Fazenda Publica, e para esse fim as Autoridades, que as impuzerem faráõ as necessarias participações aos Inspectores das Thesourarias.

CAPITULO V.

Da venda das Terras Publicas.

Art. 64. Á medida que se fôr verifi-

E pelo Av. n. 90—de 12 de Março de 1857 se declarou, que os Agrimensores das Inspectorias Geraes de medição tem direito ao seu emolumento *fixo* por inteiro nos dias, em que se empregarem em qualquer serviço relativo ás mesmas Inspectorias, como medições, abertura de picadas, levantamento de ranchos, mudanças de huns para outros pontos, etc.

O Av. n. 22— de 22 de Janeiro do anno referido declarou, que sendo os medidores ou *Ajudantes de Corda* considerados simples *jornaleiros*, nenhum vencimento lhes compete quando suspensos os trabalhos de medição.

(1) *Cahido em commisso.*

O Av. de 5 de Dezembro de 1854 declarou que se consideravão *cahidas em commisso* as Sesmarias ou outras concessões dos Governos Geral e Provincial quando não tenhão sido prehenchidas as formalidades do art. 23.

(2) *No dominio particular.*

Por Av. de 8 de Junho de 1854 se declarou, que hum particular para medir, demarcar as terras de seu Engenho devia recorrer aos meios indicados neste capitulo, e no 3º do Av. n. 98— de 8 de Maio do mesmo anno.

(1) *Titulo da sua possessão.*

O Av.n. 254—de 30 de Agosto de 1861 declarou ser da alçada do Juiz Municipal de Agua Preta (Pernambuco) na fórma do art. 60 deste Reg. a verificação dos limites que tinha João Alves da Silva á uns terrenos contiguos ao seu engenho denominado—*Bom Gosto*—,os quaes possue por si e seus antepassados, ha mais de 80 annos, achando-se a hypothese vertente comprehendida na disposição do art. 22 combinado com a deste art.

(2) *Os Juizes Municipaes.*

Vide nota supra ao art 59,

(3) *Titulo legitimo.*

Vide *supra* o art. 19 e nota.

(4) *Titulos de sua propriedade.*

O Av. n. 256—de 31 de Agosto de 1858 declarou, que ao Governo Imperial compete marcar prazos para a medição e demarcação das posses e sesmarias, etc., embora não estejão sujeitas á legitimação e revalidação, que confinarem com terrenos devolútos.

cando a medição, e demarcação dos territorios, em que devem ser divididas as terras devolutas, os Delegados do Director Geral das Terras Publicas remetterão ao dito Director os mappas da medição, e demarcação de cada hum dos ditos territorios, acompanhados dos respectivos memoriaes, e de informação de todas as circumstancias favoraveis, ou desfavoraveis ao territorio medido, e do valor de cada braça quadrada, com attenção aos preços fixados no § 2.º do art. 14 da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850.

Art. 65. O Director Geral, de posse dos mappas, memoriaes, e informações, proporá ao Governo Imperial a venda das terras, que não forem reservadas para alguns dos fins declarados no art. 12 da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850, tendo attenção á demanda, que houver dellas em cada huma das Provincias, e indicando o preço minimo da braça quadrada, que deva ser fixado na conformidade do disposto no § 2.º do art. 14 da citada Lei.

Art. 66. Ao Governo Imperial compete deliberar, como julgar conveniente, se as terras medidas, e demarcadas devem ser vendidas; quando o devem ser; e se a venda se ha de fazer em hasta publica, ou fóra della; bem como o preço minimo, pelo qual devão ser vendidas.

Art. 67. Resolvido pelo Governo Imperial que a venda se faça em hasta publica, e estabelecido o preço minimo, prescreverá o mesmo Governo o lugar, em que a hasta publica se ha de verificar; as Autoridades perante quem ha de ser feita, e as formalidades que devem ser guardadas; com tanto que se observe o disposto no § 2.º do art. 14 da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850.

Art. 68. Terminada a hasta publica, os lotes, que andarem nella, e não forem vendidos por falta de licitantes, poderão ser posteriormente vendidos fóra della, quando appareção pretendentes. As offertas para esse fim serão dirigidas ao Tribunal do Thesouro Nacional na Provincia do Rio de Janeiro, e aos Inspectores das Thesourarias nas outras Provincias do Imperio.

Art. 69. O Tribunal do Thesouro Nacional, recebidas as offertas, convocará o Director Geral das Terras Publicas, e com sua assistencia fará a venda pelo preço(1), que se ajustar, não sendo menor do que o minimo fixado para cada braça quadrada, segundo sua qualidade, e situação.

(1) Vide *infra* o art. 71.
O Av. n. 369—de 10 de Novembro de 1856 declarou, que os compradores das terras devolutas pagão sisa, mas sómente *metade* da sua importancia, na fórma do Av. n. 233—de 23 de Setembro de 1851, por serem as terras de propried de nacional.

Art. 70. Se as offertas forem feitas aos Inspectores das Thesourarias nas outras Provincias do Imperio, estes a submetterão aos respectivos Presidentes para declararem se approvão, ou não a venda; e no caso affirmativo convocarão o Delegado do Director Geral das Terras Publicas, e com sua assistencia ultimarão o ajuste, verificando-se a venda de cada hum dos lotes nos termos do Artigo antecedente.

Art. 71. Quando o Governo Imperial julgue conveniente fazer vender fóra da hasta publica algum (1), ou alguns dos territorios medidos, a venda se verificará sempre perante o Thesouro Nacional nos termos do art. 69.

CAPITULO VI.

Das terras reservadas.

Art. 72. Serão reservadas terras devolutas para colonisação, e aldeamento de Indigenas nos districtos, onde existirem hordas selvagens.

Art. 73. Os Inspectores, e Agrimensores, tendo noticia da existencia de taes hordas nas terras devolutas, que tiverem de medir, procurarão instruir-se de seu genio e indole, do numero provavel de almas, que ellas contêm, e da facilidade, ou difficuldade, que houver para o seu aldeamento(2); e de tudo informarão o Director Geral das Terras Publicas, por intermedio dos Delegados, indicando o lugar mais azado para o estabelecimento do aldeamento, e os meios de o obter; bem como a extensão de terra para isso necessaria.

Art. 74. Á vista de taes informações, o Director Geral proporá ao Governo Imperial a reserva das terras necessarias para o aldeamento, e todas as providencias para que este se obtenha.

Art. 75. As terras reservadas para colonisação de Indigenas, e por elles distribuidas, são destinadas as seu usofructo; e não poderão ser alienadas (3), em quanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder o pleno gozo dellas, por assim o permittir o seu estado de civilisação.

(1) *Fóra da hasta publica.*
Vide *supra* nota ao art. 69.

(2) *Seu aldeamento.*
O Av. de 18 de Dezembro de 1854 exigio dos Presidentes de Provincia com brevidade informações sobre o numero de Indios aldeados, e existentes nas Provincias, assim como sobre a extensão e valor das propriedades das aldêas ainda habitadas e despovoadas.

(3) *Não poderão ser alienadas.*
O Av. de 16 de Agosto de 1858 indeferio o requerimento do Director Geral dos Indios das Alagôas, propondo tomar por *arrendamento* terras pertencentes ás Aldêas de sua jurisdicção.

Art. 76. Os mesmos Inspectores, e Agrimensores darão noticia, pelo mesmo intermedio, dos lugares apropriados para a fundação de Povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, bem como para assento de Estabelecimentos publicos; e o Director Geral das Terras Publicas proporá ao Governo Imperial as reservas, que julgar convenientes.

Art. 77. As terras reservadas para fundação das Povoações serão divididas, conforme o Governo julgar conveniente, em lotes urbanos (1), e ruraes, ou somente nos primeiros. Estes não serão maiores de 10 braças de frente e 50 de fundo. Os ruraes poderão ter maior extensão, segundo as circumstancias o exigirem, não excedendo porém cada lote de 500 braças de frente sobre outras tantas de fundo.

Depois de reservados os lotes que forem necessarios para aquartelamentos, fortificações, cemiterios (fóra do recinto das Povoações), e quaesquer outros estabelecimentos e servidões publicas, será o restante distribuido pelos povoadores a titulo de aforamento perpetuo(2), devendo o foro ser fixado sob proposta do Director Geral das Terras Publicas, e sendo sempre o laudemio, em caso de venda, *a quarentena*.

Art. 78. Os lotes, em que devem ser divididas as terras destinadas á fundação de Povoações(1), serão medidos com frente para as ruas, e praças, traçadas com antecedencia dando o Director Geral das Terras Publicas as providencias necessarias para a regularidade, e formosura das Povoações.

Art. 79. O fôro estabelecido para as terras assim reservadas, e o laudemio proveniente das vendas dellas(2) serão applicados ao calçamento das ruas, e seu aformoseamento, á construcção de chafarizes, e de outras obras de utilidade das Povoações, incluindo a abertura e conservação de estradas dentro do districto que lhes for marcado. Serão cobrados, administrados, e applicados pela fórma que prescrever o Governo quando mandar fundar a Povoação, e em quanto esta não for elevada á categoria de Villa. Neste caso a Municipalidade proverá sobre a cobrança e administração do referido fôro, não podendo dar-lhe outra applicação, que não seja a acima mencionada.

Art. 80. A requisição para a reserva de Terras Publicas, destinadas á construcção naval, será feita pelo Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios da Marinha, depois de obtidos os esclarecimentos, e informações necessarias, seja da Repartição Geral das Terras Publicas, seja de Empregados da Marinha ou de particulares.

Art. 81. As terras reservadas para o dito fim ficarão sob a administração da Marinha, por cuja Repartição se nomearão os Guardas, que devem vigiar na conservação de suas matas (3), e denunciar aos Juizes Con-

---

(1) *Lotes urbanos.*

O Av. de 12 de Outubro de 1854 decidio as seguintes duvidas na fórma *infra* :

1º—Se devem considerar-se como cahidos em commisso os concessionarios de *lotes urbanos* que não tiverem dado começo a edificação dentro do maior prazo concedido pela Camara Municipal, ainda que os seus titulos a tal respeito sejão omissos.

2º—Se, emquanto pelos poderes competentes não forem concedidos para o patrimonio das Camaras Municipaes dos povoados e seus arrebaldes, devia ou não ficar suspensa a distribuição dos lotes por edificar.

« Que convindo para resolver estas duvidas e para melhor regularidade das Povoações existentes tornar-se extensivas a ellas as disposições dos arts. 77 e seguintes, na parte em que lhes forem applicaveis, cumpria que o Presidente da Provincia exigisse das respectivas Camaras Municipaes informações sobre a qualidade do terreno de que podessem ainda carecer as Povoações e as competentes plantas com a designação das ruas, praças, e arraiaes, fazendo entretanto toda e qualquer distribuição de *lotes urbanos* até ulterior e definitiva decisão do Governo.

De accordo com esta decisão expedio-se a Circular de 3 de Novembro do mesmo anno, afim de que se podesse tratar da applicação das reservas de terrenos á que se refere o presente art. em sua segunda parte, suspendendo-se até nova ordem as concessões de lotes de terrenos dentro dos Povoados.

Por esta causa o Presidente de S. Paulo não quiz conceder á Camara Municipal da Villa da Constituição, o necessario terreno para edificação de uma Caza de Misericordia; mas o Governo Imperial por Aviso n. 13 *add.*—de 27 de Outubro de 1858 declarou que sendo devoluto, e achando-se dentro da Povoação o terreno referido, devia ficar reservado para patrimonio da dita Camara, afim de que possa aforar um lote ou porção desse terreno, necessario para a Caza de Caridade, precedendo a competente designação e divisão, observando-se o mais que se acha disposto nos arts. 77 e 87 deste Reg.

(2) *A titulo de aforamento perpetuo.*

O Av. n. 54—de 29 de Fevereiro de 1864 ordenou que as Camaras Municipaes informassem, com as competentes plantas, acerca da quantidade de terreno, de que necessitem as povoações, a ser insufficiente o que lhes tem sido concedido, afim de se resolverem duvidas, e tornarem-se extensivas ás povoações existentes as disposições deste e dos seguintes arts. do presente Reg.

(1) *Fundação de povoações.*

O Av. n. 207—de 16 de Junho de 1857 manda dividir em lotes urbanos uma área sufficiente para a futura cidade de Albuquerque.

Vide supra o art. 12 § 2 da L. n. 601—de 1850 e nota.

(2) *Vendas dellas.*

Estas vendas são feitas em *hasta publica* em vista do que dispõe o art. 67 deste Reg.

O Av. n. 317—de 23 de Julho de 1861 declarou, que a venda de terras devolutas deve ser feita em *hasta publica*, precedendo editaes e annuncios, na forma do que se pratica no fôro civil.

O Av. n. 33 *add.*—de 19 de Agosto de 1862 declarou, que as terras, cuja venda foi a Presidencia do Amazonas autorisada a realisar, devem ser medidas por conta de quem as comprar *em hasta publica*.

No mesmo sentido se procedêo no caso do Av. n. 596—de 23 de Dezembro de 1862, em que se dá instrucções sobre a venda de terras na *Serra Negra*, no Assunguy á Christiano Guilherme afim de estabelecer nellas uma Colonia Agricola.

O Av. n. 550—de 20 de Novembro de 1862 declarou, que o Governo Imperial havia deliberado não vender terras publicas senão ás pessôas que por si ou por Companhias ou emprezas se achassem habilitadas para as cultivar.

(3) *Conservação de suas matas.*

Em Av. n. 6 *add.*—de 26 de Agosto de 1855 se recommendou a fiel observancia deste e dos arts. 87 e seguintes aos Presidentes de Pernambuco e Alagôas, por convir

servadores do art. 87, aquelles que, sem legitima autorisação, cortarem madeiras, a fim de serem punidos com as penas do art. 2.º da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850.

CAPITULO VII.

Das terras devolutas situadas nos limites do Imperio com Paizes Estrangeiros.

Art. 82. Dentro da zona de dez leguas contiguas aos limites do Imperio com Paizes Estrangeiros, e em terra devolutas, que o Governo pretender povoar, estabelecer-se-hão Colonias Militares (1).

Art. 83. Para o estabelecimento de tães Colonias não he necessario, que preceda a medição, porem esta deverá ser feita, logo que fôr estabelecida a Colonia, por Inspectores, e Agrimensores especiaes, á quem serão dadas instrucções particulares para regular a extensão, que devem ter os territorios, que forem medidos dentro da zona de dez leguas, bem como a extensão dos quadrados, ou lotes, em que hão de ser subdivididos os territorios medidos.

Art. 84. Deliberado o estabelecimento das Colonias Militares, o Governo marcará o numero de lotes, que hão de ser distribuidos gratuitamente aos Colonos, e aos outros povoadores nacionaes e estrangeiros; as condições dessa distribuição, e as Autoridades, que hão de conferir os titulos.

Art. 85. Os Emprezarios, que pretenderem fazer povoar quaesquer terras devolutas comprehendidas na zona de dez leguas nos limites do Imperio com Paizes estrangeiros(2), importando por ellas, á sua custa, colonos nacionaes ou estrangeiros, deverão dirigir suas propostas ao Governo Imperial, por intermedio do Director Geral das Terras Publicas, sob as bases:

1.ª da concessão aos ditos Emprezarios de dez leguas em quadro ou o seu equivalente para cada Colonia de mil e seiscentas almas, sendo as terras de cultura, e quatrocentas sendo campos proprios para criação de animaes.

2.ª de hum subsidio para ajuda da empreza, que será regulado segundo as difficuldades que ella offerecer.

Art. 86. As terras assim concedidas deverão ser medidas á custa dos Emprezarios(1) pelos Inspectores, e Agrimensores, na fórma, que fôr designada no acto da concessão.

CAPITULO VIII.

Da conservação das terras devolutas e alheias.

Art. 87. Os Juizes Municipaes são os Conservadores das terras devolutas(2). Os Delegados e Subdelegados exercerão tambem as funcções de Conservadores em seus districtos, e, como taes, deverão proceder *ex-officio* contra os que commetterem os delictos de de que trata o artigo seguinte, e remetter, depois de preparados, os respectivos autos ao Juiz Municipal do Termo para o julgamento final.

Art. 88. Os Juizes Municipaes, logo que receberem os autos mencionados no artigo antecedente, ou chegar ao seu conhecimento, por qualquer meio, que alguem se tem apossado de terras devolutas(3), ou derrubado seus mattos, ou nelles lançado fogo, procederão immediatamente *ex-officio* contra os delinquentes, processando-se pela fórma, porque se processão os que violão as Posturas Municipaes(4), e impondo-lhe as penas do art. 2 da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850.

Art. 89. O mesmo procedimento terão, a requerimento dos proprietarios, contra os que se apossarem de suas terras, e nellas derribarem matos, ou lançarem fogo; comtanto que os individuos, que praticarem taes actos, não sejão heréos confinantes(5).

---

reservar para a construcção naval algumas matas existentes nas mesmas Provincias.

Vide *supra* no art. 12 § 3 do D. n. 601—de 1850 a nota (5) respectiva.

(1) *Colonias Militares.*

Sobre estas Colonias consulte-se o que decidio o Av. n. 294—de 12 de Outubro de 1859 ácerca da creação da colonia Militar entre a cidade da Constituição na Provincia de S. Paulo, e a villa de S. Anna do Paranahyba na de Matto-Grosso.

(2) *Limites do Imperio*, etc.

Pelos Avs. de 12 de Dezembro de 1854 e 1º de Fevereiro de 1855 foi o Presidente de Matto-Grosso autorisado para conceder á João Jozé de Siqueira sob certas clausulas, no districto de Albuquerque, ao lado direito do Paraguay, dentro da zona de dez leguas da fronteira com a Republica da Bolivia, a porção de terras devolutas que ella podesse cultivar e povoar com gente livre, na razão de 220.000 leguas quadradas por familia, com tanto que a concessão em sua totalidade não exceda de uma legua quadrada.

(1) *A custa dos Emprezarios.*

As medições das posses ou terras de pessôas pobres são feitas por conta do Estado pela verba—*Colonisação*, como se vê do Av. n. 187—de 5 de Maio de 1863.

Vide nota (2) no art. 24 § 1 *supra*.

(2) *Conservadores das terras devolutas.*

Por Av. n. 318—de 29 de Setembro de 1856 se declarou que as authoridades á quem este art. incumbe a conservação das terras devolutas, devem proceder *ex-officio* contra os invasores das mesmas, mas não podem exigir de taes invasores *directamente* a exhibição dos seus titulos de posse, que são a defeza dos mesmos, e a que recorrerão sempre que a tiverem.

(3) *Se tem apossado de terras devolutas.*

O Av. n. 34 *add.*—de 21 de Agosto de 1862 manda tomar providencias sobre a invasão de terras nacionaes por intrusos no districto da Estancia, na Provincia de Sergipe.

(4) Vide *supra* a L. n. 601—de 1850 no art. 12 nota.

(5) Vide nota precedente.

Neste caso somente compete ao heréo prejudicado a acção civil.

Art. 90. Os Juizes de Direito, nas correições que fiserem, investigarão se os Juizes Municipaes, poem todo o cuidado em processarem os que commetterem taes delictos; e os Delegados e Subdelegados em cumprir as obrigações, que lhes impõem o art. 87, e farão effectiva a sua responsabilidade(1), impondo-lhes, no caso de simples negligencia, multa de cincoenta a duzentos mil reis, e, no caso de maior culpa, prisão até trez mezes.

CAPITULO IX.

Do registro das terras possuidas.

Art. 91. Todos os possuidores de terras, qualquer que seja o titulo da sua propriedade, ou possessão, são obrigados (2) a fazer registrar as terras, que possuirem(3), dentro dos prazos marcados(1) pelo presente Regulamento, os quaes se começarão a contar, na Côrte,e Provincia do Rio de Janeiro, da data fixada pelo Ministro e Secretario dos Negocios do Imperio, e nas Provincias, da fixada pelo respectivo Presidente.

---

(1) *Sua responsabilidade.*

O Av. n. 141—de 10 de Abril de 1856 recommenda aos Juizes de Direito a fiel e stricta execução desta disposição.

(2) *São obrigados.*

O Av. n. 17 *add.*—de 29 de Setembro de 1855 declarou, que os terrenos aforados pelas Camaras Municipaes estando dentro da linha divisoria, estabelecida no mesmo Av., não estão sujeitas ao Registro.

Pelo Av. n. 54—de 15 de Fevereiro de 1858 não estão sujeitos á este onus os arrendatarios de terras, porque nellas nenhum dominio tem, como succede com os foreiros.

Roborando esta doutrina o Av. n 122—de 26 de Março de 1863 mandou restituir as multas a differentes arrendatarios, pagas por falta de registro.

(3) *Registrar as terras que possuirem.*

O Av. de 3 de Novembro de 1854 declarou, que na generalidade deste artigo estão comprehendidas as terras de mineração medidas e demarcadas, quer por datas, quer por sortes, á vista da letra e espirito do mesmo art.

Por Av. de 25 do mesmo mez e anno se determinou que as declarações de quaesquer possuidores seja qual for a natureza das terras, devem ser acceitas para o registro.

Da mesma sorte estão obrigados á essas declarações e as do art. 97 os antigos possuidores de terras nacionaes com sitios e bemfeitorias (cit. Av.).

No mesmo sentido se exprimem os Avs. de 5 de Dezembro de 1854 e n. 8 *add.*—de 5 de Junho de 1855, sendo mencionada approximadamente a extensão das terras, quando não fôr com exactidão conhecida.

O registro dos terrenos tanto compete ao foreiro como á Camara Municipal por seu Procurador (Av. de 29 de Setembro de 1856).

O Av. de 23 de Novembro de 1854 declarou, que os moradores das terras, pertencentes ao patrimonio de qualquer Igreja Matriz, isentos ou sujeitos á foro, estão obrigados ao registro, e nas suas declarações devem notar as condições do onus.

Pelos Avs. de 23 de Novembro, e 18 de Dezembro de 1854, e n. 8 e 17—de 5 de Junho e 29 de Setembro de 1855 se declarou, que não ha inconveniente em que o possuidor de differentes posses annexas faça em uma só declaração o registro respectivo.

Pelos mesmos Avisos e do n. —de 5 de Janeiro de 1857 se determinou que o proprietario não podia comprehender em uma só declaração as posses que tiver em differentes lugares, convindo que se faça uma para cada posse. Assim como o lavrador que por falta de terras contiguas ao sitio em que habita, possue terras mais distantes onde faz plantações.

Neste sentido já havia resolvido o Av. de 18 de Dezembro de 1854, declarando que as posses em territorio de duas Parochias devem ser registradas em ambas com as suas circumstancias especiaes, e respectiva extensão.

No Av. de 25 de Novembro de 1854 se determinou :

1º—que o lavrador que, por accidente ou de passagem roça neste ou n'aquelle terreno, não póde declara-lo como de sua propriedade ou posse, por quanto as terras não são dadas sem a permanencia e animo de nellas fixar-se.

2º—a simples interposição de um rio pelos terrenos possuidos e aproveitados não se deve considerar como razão para determinar uma divisão nos mesmos para o fim de constituir posse differente em cada uma das partes separadas, salvo as circumstancias especiaes que possão a tal induzir.

O Av. de 22 de Dezembro de 1854 declarou, que o proprietario que tem caza de vivenda no lado de um rio, e lavouras no opposto, deve fazer declarações em separado, se os dous pontos constituirem posses distinctas, devendo o registro ser sómente um, se ambos formarem uma posse.

Mas a declaração para o registro, apresentada por quem havia abandonado por annos a posse de um sitio adquirido por compra, deve ser accesta, por quanto não compete aos Vigarios avaliar a legitimidade das mesmas posses (Av. de 22 de Dezembro de 1854).

Por Avs. de 11, 13 e 17 de Janeiro de 1855 se declarou, que na obrigação do registro imposta neste art. não forão comprehendidos os terrenos que ficão dentro da demarcação da Decima Urbana, ou fóra da circumscripção especial e limite que por este fim deve mandár traçar o Presidente da Provincia em torno das Povoações onde a demarcação da Decima Urbana incluir terras destinadas á lavoura ou criação, e onde não haja a mesma demarcação.

Por Av. n. 2 *add.*—de 17 de Janeiro do anno *supra* referido, devem tambem ser registradas as terras havidas por *simples posse*.

Por outro Av. n. 10 *add.*—de 5 Junho do mesmo anno se declarou, que sendo a obrigação de dar as terras ao registro inherente a posse, nada mais tem com ella o vendedor.

Embora a posse consista em caza e quintal somente, deve sempre ser registrada, estando fora da demarcação, fixada pela Camara Municipal (Av. de 29 de Setembro de 1855).

Por Av. n. 161—de 27 de Abril de 1857 se declarou, que não convinhá fazer alterações nas declarações *textualmente* lançadas no livro do Registro, podendo ser acceitas as que tivessem por fim supprir quaesquer omissões; advertindo-se que se deve lançar nos respectivos assentamentos as competentes notas para que se evitem duplicatas.

Tambem devem ser registradas pelo possuidor respectivo, as terras em usofructo (Av. de 17 de Janeiro de 1855).

O Av. n. 39—de 24 de Janeiro de 1863 declarou, que os arrematantes de terras, cujos possuidores estejão incursos em multas por terem deixado de fazer o competente registro, podem ser admittidos á registrar as terras arrematadas, na Estação em que estiverem os livros respectivos.

(1) *Dentro dos prazos marcados.*

O Av. n. 3 *add.*—de 17 de Janeiro de 1855 declarou, que o prazo dentro do qual devem ser registradas as terras possuidas, deve ser fixado pelos Presidentes das respectivas Provincias; como lhes havia sido recommendado por Av. de 13 de Fevereiro de 1854, expedindo as necessarias ordens para a execução deste cap. e outros, que não dependem de ulterior determinação do Governo ou de exames e informações previas.

Os Av. de 20 de Maio e de 29 de Setembro de 1854, e n. 3 *add.*— de 17 de Janeiro de 1855 declarão, que

Art. 92. Os prazos(1) serão 1.º, 2.º, e 3.º: o 1.º de dois annos, o 2.º de hum anno, e o 3.º de seis mezes.

Art. 93. As declarações(2) para o registro serão feitas pelos possuidores, que as escreverão, ou farão escrever por outrem em dois exemplares iguaes(3), assignando-os ambos, ou fazendo-os assignar(4) pelo individuo, que os houver escripto, se os possuidores não souberem escrever.

Art. 94. As declarações para o registro das terras possuidas por menores(5), Indios(6), ou quaesquer Corporações(1) serão feitas por seus Pais, Tutores, Curadores, Directores, ou encarregados da administração de seus bens, e terras. As declarações, de que tratão este e o artigo antecedente, não conferem algum direito aos possuidores(2).

Art. 95. Os que não fizerem as declarações por escripto nos prazos estabelecidos(3), serão multados(4) pelos encarregados do re-

---

os possuidores de terrenos por titulo de aforamento, cumulativamente com os directos senhorios das mesmas por cartas de sesmarias, são obrigados a registra-lás, devendo constar das respectivas declarações o *dominio util* de uns e *directo* de outros, para que da duplicata não resulte inconveniente.

(1) *Os Prazos.*

No Av. de 13 de Fevereiro de 1854 se declarou, que na Provincia do Rio de Janeiro os prazos se commeçarião a contar do 1 de Março do mesmo anno.

Pelo Av. n. 223 —de 20 de Junho de 1856 se declarou, que marcando este art. trez prazos consecútivos para o registro deve este continuar não só nas Parochias que não tem Parocho, mas nas outras ate expirar o 3º prazo, sem prejuizo das multas do art. 95 *infra.*

(2) *As declarações*, etc.

Os Avs. de 5 de Setembro e de 25 de Novembro de 1854, e de 17 de Janeiro de 1855 declararão, que este preceito da Lei não obrigava ao pagamento do sello; bem como os papeis e documentos apresentados pelos possuidores de terras para o registro, segundo se acha consignado no Av. n. 86—de 10 de Março de 1857.

Estas declarações devem ser feitas na forma do art. 100 *infra*; e as para o registro dos vinculos devem ser feitas pelos respectivos administradores (Av. de 17 de Janeiro de 1855).

Por Av. n.6 *add.*—de 22 de Março de 1855 pode-se inserir no registro das terras possuidas as declarações de quaesquer individuos que se digão possuidores do mesmo terreno.

As terras doadas para patrimonio de qualquer Matriz, embora em parte usurpados por particulares, devem ser dadas á registro pelo Fabriqueiro ou Administrador dos bens da Igreja, á que de direito pertencem (Av. n 308—de 17 de Setembro de 1856).

(3) *Dous exemplares iguaes.*

Os Avs. de 29 de Maio, de 22 e 23 de Novembro de 1854 declararão, que para o registro aas terras não se póde exigir a apresentação de titulo, mas sómente *em duplicata* as declarações deste art.

(4) *Ou fazendo-as assignar.*

O Av. n: 49—de 10 de Fevereiro de 1857 declárou, que sem procuração ninguem póde fazer registrar terras alheias, fazendo as declarações de que trata este art.

Entretanto o Av. de 25 de Novembro de 1854 havia declarado, que os que apresentão declarações por outros nos casos previstos no presente art., não tem obrigação de mostrar autorisação escripta, visto que basta que os possuidores assignem as respectivas declarações, ou as fação assignar por outra pessoa, quando não saibão escrever.

(5) *Terras possuidas por menores.*

O Av. de 5 de Setembro de 1854 declarou, que as terras possuidas por mais de um Orphão só estão obrigadas as registro com a declaração feita pelo Tutor, mencionando-se todas as circumstancias relativas ao numero e pessoas dos interessados.

(6) *Indios.*

Pelo Av. de 23 de Novembro de 1854 se declarou, que os Indios residentes na Parochia de S. Cruz, Provincia do Espirito Santo, á quem se concedêo por um Alv. de 1759 a plena liberdade e adminstração de suas familias, de seu commercio e de seus bens, não estão comprehendidos na disposição deste art.

O Av. n. 118—de 17 de Março de 1856 dêo providencias sobre a medição das terras dos Indios, garantindo-os das invasões dos heréos confrontantes.

Sobre as terras dos aldeamentos extinctos expedio-se o Av. n. 29 *add.*—de 19 de Maio de 1862, determinando que se distribuisse a cada familia no ponto, onde já possuisse casa e lavoura, bem como aos solteiros maiores de 21 annos, que tivessem economia separada, terreno sufficiente que não abrangesse mais de 62.500 braças quadradas, e fosse em geral de 22.500, que ficarião sendo propriedade de taes individuos, depois de cinco annos de effectiva residencia e cultura.

(1) *Ou quaesquer Corporações.*

O Av. n. 3 *add.*—de 17 de Janeiro de 1855 declarou, que as terras pertencentes aos Conselhos estão como as outras sujeitas ao registro.

(2) *Direito aos possuidores.*

Pelo Av. n. 310—de 18 de Setembro de 1856 se declarou, que se as terras para o registro *evidentemente* pertencerem á differente Parochia não devem ser registradas, por mais que os possuidores insistão, por ser contrario ao systema da L. n. 601—de 1850; mas, *se fôr duvidoso*, por prudencia deve-se fazer o registro.

O mesmo Av. ainda declara, que sendo successivos e continuos os trez prazos do art. 92, devem os Vigarios proseguir, registrando sem interrupção até expirar o terceiro prazo, mas sem prejuiso das correspondentes multas, não podendo limitar-se ao final do segundo prazo.

(3) *Prazos estabelecidos.*

Vide supra o art. 92 e nota (1).

O Av. *add.* n. 2—de 8 de Janeiro de 1859 declarou, que nenhuns emolumentos devem perceber as Repartições especiaes de terras, ou Thesourarias de Fazenda pelos registros feitos depois de findos os prasos do art. 92 *supra.*

(4) *Serão multados.*

O Av. de 22 de Novembro de 1854 declarou, que o conhecimento das pessôas incursas nestas multas procederá da sciencia propria que os Parochos devem ter dos seus Fregueses, e das informações que para o dito fim procurarem obter, para que possão ser impostas expirando os citados prazos.

No Av. n. 4 *add.*—de 31 de Janeiro de 1855 declarou-se, que na conformidade deste e do art. 96, competindo aos Parochos apenas a *declaração* das multas; correndo os demais termos pelas Thesourarias das Provincias, nenhum embaraço pode o Parocho encontrar quando o possuidor das terras resida em outra Parochia ou Provincia.

O Av. n. 217—de 16 de Julho de 1856 declarou, que não podendo de modo algum os possuidores, que entrarão na posse de suas terras depois de findo o primeiro prazo marcado para registro das mesmas, serem responsaveis pela omissão de seus ante-possuidores em registra-las durante o mencionado praso, são estes, e não aquelles, que se deve relacionar na lista dos multados.

Por Av. n. 319 — de 29 de Setembro de 1856 se declarou, que o individuo que deixou de registrar em tempo competente diversas posses distinctas deve soffrer *uma só* multa, e não tantas quantas forem as ditas posses.

O Av. de 24 de Agosto de 1859 confirmando os precedentes declarou, que o comprador de terras já registradas não está obrigado á registra-las de novo, pagando uma só multa o individuo que deixa de registrar em tempo competente diversas posses distinctas.

Não obstante o Av. n. 278—de 25 de Junho de 1860 declarou, que o possuidor de terras *em differentes Freguezias* deve ser multado em todas aquellas, em que haver deixado de rágistra-las; por quanto o Av. n. 319—de 1856 referia-se á *differentes posses* em uma só Fregnezia.

gistro na respectiva Freguezia : findo o primeiro prazo em vinte e cinco mil reis; findo o segundo em cincoenta, e findo o terceiro em cem mil reis.

Art. 96. As multas serão communicadas aos Inspectores da Thesouraria, e cobradas executivamente(1), como dividas da Fazenda Nacional.

Art. 97. Os Vigarios de cada huma das Freguezias do Imperio são os encarregados de receber as declarações para o registro das terras, e os incumbidos de proceder á esse registro dentro de suas Freguezias(2), fazendo-o por si, ou por Escreventes(1), que poderão nomear, e ter sob sua responsabilidade.

Art. 98. Os Vigarios, logo que fôr marcada a data do primeiro prazo, de que trata o artigo 91, instruirão a seus freguezes da da obrigação, em que estão, de fazerem registrar as terras, que possuirem, declarando-lhes o prazo, em que o devem fazer, as penas em que incorrem, e dando-lhes todas as explicações, que julgarem necessarias para o bom cumprimento da referida obrigação.

Art. 99. Estas instrucções serão dadas nas Missas conventuaes, publicadas por todos os meios, que parecerem necessarios para o conhecimento dos respectivos freguezes.

Art. 100. As declarações das terras possuidas devem conter : o nome do possuidor, a designação da Freguezia, em que estão situadas : o nome particular da situação, se o tiver : sua extensão, se fôr conhecida : e seus limites(2).

O Av. n. 392—de 22 de Novembro de 1856 declarou, que as multas impostas pelos Vigarios em virtude deste art. são arrecadados como *renda do Estado.*

E pelo Av. n. 397—de 4 de Dezembro do mesmo anno tambem se declarou, que os Presidentes das Provincias forão autorisados para conhecer das reclamações sobre multas dentro do territorio que administrassem, resolvendo segundo os principios de justiça e equidade, mas obrigando em todo o caso os possuidores, que por qualquer rasão tivessem deixado de registrar as suas terras no primeiro praso, a fazerem-no no segundo sob pena de soffrerem a multa, em que houvessem incorrido.

Pelo Av. n. 7—de 7 de Janeiro de 1857 se declarou, que as relações das pessoas multadas por falta de registro, devem ser directamente remettidas ás respectivas Thesourarias, para que estes effectuem a cobrança das multas; o que, segundo Av. de 10 do mesmo mez e anno, devem-o fazer os Vigarios, assim como as listas de todos os que deixarão de registrar as suas posses dentro do primeiro praso, sejão quaes forem as circumstancias, fazendo comtudo as observações que forem convenientes, para serem tomadas na devida consideração; mas não são os Vigarios competentes para receberem o importe das multas, que devem ser pagas na respectivas Thesourarias da Fazenda.

O Av. n. 165 —de 18 de Maio de 1858 reccommenda aos Presidentes das Provincias que antes de remetterem ás Thesourarias de Fazenda as relações dos multados por falta do registro de terras, apresentados pelos Vigarios, faça constar á estes que dentro de um praso razoavel, que lhes será marcado, satisfação as multas, levando-as ás Thesourarias, cumprindo que estas procedão administrativamente a cobrança em caso contrario.

(1) *Cobradas executivamente.*

Estando estas expressões em desaccordo com as do Av. n. 165—de 18 da Maio de 1858, *cobradas administrativamente*, declarou o Av. n. 149—de 3 de Abril de 1860, que não ha contradicção entre as duas disposições que, versando sobre o mesmo objecto, referem-se á cousas diversas.

O art. do Reg. explica a especie do processo, que deve sêr usado, a maneira por que se deve proceder, em quanto que o Av. n. 165—de 1858, servindo-se das palavras *cobradas administrativamente*, quiz dizer por authoridade administrativa.

E como he fóra de questão que as autoridades administrativas podem cobrar *executivamente*, como fazem, as dividas do Estado, não prevalecem as duvidas postas pelo Procurador Fiscal de Sergipe.

(2) *Dentro de suas Freguezias.*

Os Avs. de 18 de Agosto, 23 de Novembro e de 22 de Dezembro de 1854, e n. —de 17 de Janeiro de 1855 declararão, que o Registro deve ser feito perante o Vigario da Freguezia em que estiverem sitas as terras, quer estejão ou não os possuidores sujeitos á autoridade civil de outra Freguezia, quer residão dentro ou fóra della.

Os Avs. de 23 de Novembro de 1854, de 10 de Janeiro e de 27 de Julho de 1855 tambem declararão, que os Vigarios são competentes para fazer o registro de sua propriedade.

Se o Vigario parochiar duas Freguezias deve crear *livro especial* em cada uma; cumprindo que faça o mesmo quando o territorio de sua Freguesia pertença á duas Provincias (Avs. de 17 de Junho e 18 de Agosto de 1854, e n.17 *add.*—de 29 de Setembro de 1855).

Estando uma propriedade dividida por duas Freguezias, deve em cada uma dellas registrar-se a parte que ahi fôr situada, notando-se as necessarias circumstancias (Av. n. 2 *add.*—de 17 de Janeiro de 1855).

O registro conforme o mesmo Av. deve ser copia fiel das declarações, a cujo respeito são claros não só este, como os arts. 101 e 104.

O Av. de 22 de Novembro de 1854 declarou, que na falta de Vigario collado ou encommendado, pode-se commetter aos Subdelegados o registro das terras possuidas, cessando esta providencia logo que a Parochia tenha Vigario.

Pelo Av. n. 17 *add.*—de 29 de Setembro de 1855 se declarou, que para o registro das terras só se deve attender á divisão Ecclesiastica e não á civil.

Os antigos possuidores de terras nacionaes com sitios e bemfeitorias estão obrigados ás declarações exigidas neste e no art. 91 *supra*, segundo determinou o Av. de 25 de Novembro de 1854.

A posse um terreno *pro indiviso*, mas pertencente á differentes pessoas sob um administrador, obriga á este a fazer o registro de todo o terreno (Av. n.17 *add.* —de 29 de Setembro de 1855).

(1) *Ou por Escreventes.*

O Av. de 30 de Março de 1854 declarou, que aos Vigarios compete retribuir os Escreventes que lançarem os registros.

(2) Os Avs. de 17 de Junho de 1854 e de 29 de Setembro de 1855 declarárão, que os Parochos devem lançar em livros separados o registro das terras respectivamente á cada uma das Freguezias, que pelos mesmos forem parochiadas.

Pelos Avs. de 18 de Agosto de 1854 e de 5 de Junho de 1855 tambem se declarou, que, para o registro das terras de possuidores em commum e sem limites certos, devem todos elle fazer suas declarações, especificando a parte a que se julguem com direito.

Em Av. de 23 de Novembro de 1854 da mesma sorte declarou-se, que para o registro das terras possuidas em commum, quando trabalhadas e aproveitadas por cada um dos proprietarios em diversas porções, sem communhão de trabalho, devem todos faser suas declarações com especificação da parte á que tenhão direito, nome, extensão, etc. *sendo conhecidas*; convindo em tal caso lançar-se á margem das posteriores declarações uma referencia ás primeiras; e quando as terras, posto que trabalhadas em commum, se acharem sob a administração geral de um só dos possuidores, deve então o registro ser feito em commum por todos os co-possuidores, sendo as declarações apresentadas pelo administrador.

Considera-se terreno de *uso commum*, o que presta servidão á alguns individuos, sem que ninguem se possa delle dizer-se possuidor, quer exclusivo, quer em

Art. 101. As pessoas obrigadas ao registro apresentarão ao respectivo Vigario os dois exemplares, de que trata o art. 93; e sendo conferidos por elle, achando-os iguaes e em regra, fará em ambos huma nota, que designe o dia da sua apresentação; e assignando as notas de ambos os exemplares, entregará hum delles ao apresentante para lhe servir de prova de haver cumprido a obrigação do registro, guardando o outro para fazer esse registro(1).

Art. 102. Se os exemplares não contiverem as declarações necessarias, os Vigarios poderão fazer aos apresentantes as observações convenientes(2) a instruil-os do modo, por que devem ser feitas essas declarações, no caso de que lhes pareção não satisfazer ellas ao disposto no art. 100, ou de conterem erros notorios: se porém as partes insistirem no registro(3) de suas declarações pelo modo porque se acharem feitas, os Vigarios não poderão recuzal-as.

Art. 103. Os Vigarios terão livros de registro(4) por elles abertos, numerados, rubricados e encerrados. Nesses livros lançarão por si, ou por seus Escreventes, textualmente(1), as declarações, que lhes forem apresentadas, e por esse registro cobrarão do declarante o emolumento correspondente(2) ao numero de letras, que contiver hum exemplar, a razão de dois reaes por letra(3), e do que receberem farão notar em ambos os exemplares.

Art. 104. Os exemplares que ficarem em poder dos Vigarios serão por elles emmassados, e numerados pela ordem, que forem recebidos, notando em cada hum a folha do livro, em que foi registrado.

Art. 105. Os Vigarios que extraviarem alguma das declarações, não fizerem o registro ou nelle commetterem erros, que alterem, ou tornem inintelligiveis os nomes, designação, extensão e limites de que trata o art. 100 deste Regulamento, serão obrigados a restituir os emolumentos que tiverem recebido pelos documentos que se extraviarem de seu poder, ou fôrem mal registrados, e além disto soffrerão a multa de 50 a 200$, sendo tudo cobrado executivamente(4).

Art. 106 Os possuidores de terras que fizerem declarações falsas (5), soffrerão a multa (6) de 50 a 200$; e conforme a gravi-

---

commum por titulo legitimo, não influindo para este fim o numero dos que do mesmo terreno podem utilisar-se (Av. n. 10 *add.*—de 5 de Junho de 1855).

Por outro Av. de 25 de Novembro de 1854 foi declarado, que o possuidor que considerar como sua *uma ilha*, posto que a não tenha cultivado em toda a sua extensão, pode sem risco de falsidade, declara-la como tal, estando na posse da mesma ilha.

Nas declarações he indispensavel mencionar-se, a extensão da posse, se esta fôr conhecida (Av. n. 3 *add.*—de 17 de Janeiro de 1855).

(1) *Guardando o outro para fazer esse registro.*

O Av. n. 3 *add.*—de 17 de Janeiro de 1855 declarou que deve faser parte do registro a nota que os Parochos lanção nas declarações; limitando-se esta a mencionar o anno, mez e dia em que foi apresentada, comprehendidas na contagem do emolumento de dous reis da citada nota.

Pelo Av. n. 3 *add.*—de 11 de Fevereiro de 1859 se declarou, que posto convenha para maior regularidade do registro, que sejão nelle tambem lançadas as *notas de apresentação*, que os Vigarios devem pôr nas declarações das partes, comtudo a falta deste lançamento não he substancial, nem vicia o registro em si.

(2) *Poderão fazer aos apresentantes as observações*, etc.

O Av. de 25 de Novembro de 1854 declarou, que não he regular que o Vigario dê normas de declarações, convindo distinguir o simples conselho para facilitar as declarações, o que he permittido.

(3) *Se, porém, as partes insistirem no registro.*

O Av. n. 10 *add.*—de 27 de Outubro de 1855 declarou, que achando o Vigario de Capivary duvida em combinar esta disposição, que manda acceitar quaesquer declarações ainda que *notoriamente* viciosas, com a doutrina do Av. de 25 de Novembro de 1854, determinando que, quem tiver mais do que uma posse distincta, deve fazer para o registro tantas declarações separadas quantas forem as ditas posses; não complicando uma com outra; por isso que os Parochos, nas instrucções que tem de dar aos seus Freguezes, lhes devem fazer conhecer a doutrina do referido Av., e, quando estes por ella não queirão estar, devem os Vigarios fazer o que ordena o presente art., ficando sempre salvo o ulterior procedimento nos arts. 95 e 104 deste Regulamento.

(4) *Livros de registro.*

O Av. de 30 de Março de 1854 declarou, que pertence aos Vigarios a compra dos livros necessarios para o registro das terras possuidas, cujos livros, em vista do que explicou o mesmo Av. e o de 5 de Setembro do dito anno, não estão sujeitas ao pagamento do sello.

Cumpre notar que por Av. de 29 de Janeiro de 1858 se ordenou, que fossem recolhidas ás Thesourarias de Fazenda das Provincias os livros de registro, onde não se houverem installado *Repartições especiaes de Terras.*

(1) *Textualmente.*

De conformidade com este versiculo declararão os Avs. de 2 de Junho e de 23 de Novembro de 1854 que a escripturação dos livros devia ser feita por *extenso* e sem abreviaturas de palavras. E bem assim que as *declarações* serião litteralmente registradas como são apresentadas, salvas sómente as pequenas incorrecções de orthographia, que sem prejuizo do sentido daquellas podessem ser emendadas, devendo haver nisto a maior cautela.

(2) *Cobrarão.... o emolumento correspondente*, etc.

O Av. de 29 de Maio de 1854 declarou, que os emolumentos de dous reaes, consignados neste art., não são por *linha*, mas por *letra*.

(3) *A razão de dous reaes por letra.*

Estes emolumentos não se entendem com as *certidões*, pois que á este respeito se expedio o D. n. 1720—de 30 de Janeiro de 1856 dispondo o seguinte:

« Hei por bem que os Vigarios pelas *certidões* que, á pedido das partes, devem das declarações lançadas nos *Livros de Registro* das terras possuidas, percebão, *como emolumentos*, a quantia de doze réis por cada linha que não contenha menos de trinta letras, na conformidade do que, a respeito das certidões passadas pelos Tabelliães e Escrivães da 1ª Instancia no Civel, se acha determinado no Regimento de Custas, á que se refere o Decreto n. 1569—de 30 de Março de 1855. »

(4) *Cobrado executivamente.*

Vide *supra* a nota (1) ao art. 96.

(5) *Declarações falsas.*

Não he da competencia dos Vigarios conhecer da falsidade das declarações, e menos impôr multas (Av. de 22 de Novembro de 1854).

(6) *Soffrerão a multa.*

Segundo os Avs. de 31 de Julho e de 22 de Novembro de 1854, de 17 de Janeiro de 1855, de 29 de Setembro de 1856 e de 5 de Janeiro de 1857 estas *multas*

dade da falta poderá tambem lhes ser imposta a pena de hum a trez mezes de prisão.

Art. 107. Findos os prazos estabelecidos para o registro, os exemplares emmassados se conservarão no archivo das Parochias, e os livros de registro(1) serão remettidos ao delegado do Director Geral das Terras Publicas da Provincia respectiva, para em vista delles formar o registro geral das terras possuidas na Provincia, do qual se enviará cópia ao supradito Director para a organisação do Registro Geral das terras possuidas no Imperio.

Art. 108. Todas as pessoas que arrancarem marcos e estacas divisorias ou destruirem os signaes, numeros ou declarações que se gravarem nos ditos marcos ou estacas, e em arvores, pedras nativas, etc., serão punidas com a multa de 200$, além das penas a que estiverem sujeitas pelas leis em vigor(2).

Palacio do Rio de Janeiro, em 30 de Janeiro de 1854. —*Luiz Pedreira do Couto Ferraz.*

DECRETO n. 1.105 — DE 13 DE FEVEREIRO DE 1858.

Declara da alçada dos Juizes Commissarios do art. 30 do Regulamento de 30 de Janeiro de 1854, as questões dos limites de todas as posses e sesmarias, que confinarem com terras devolutas.

De conformidade com a minha immediata Resolução de 29 de Janeiro proximo passado, tomada sobre parecer da Secção dos Negocios do Imperio do Conselho de Estado exarado em consulta de 7 de Dezembro do anno passado: Hei por bem Decretar que as questões de limites entre sesmarias e posses particulares que forem confinantes com terrenos devolutos, quer estas sejão sujeitas á revalidação e legitimação, quer não sejão da alçada dos Juizes Commissarios (3), de que trata o art. 30 do Regulamento de 30 de Janeiro de 1854, observando-se o processo marcado no art. 36 e seguintes do citado Regulamento; ficando assim alterados os arts. 19 e 60.

O Marquez de Olinda, Conselheiro d'Estado, Presidente do Conselho de Ministros, etc.

Palacio do Rio de Janeiro, em 13 de Fevereiro de 1858, trigesimo setimo da Independencia e do Imperio.—*Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador.*—Marquez de Olinda.

AVISO n. 98—DE 8 DE MAIO DE 1854.

Dá Regulamento *provisorio* para a medição e demarcação das terras devolutas e particulares, em execução do § 2 do art. 3 do Decreto n. 1.318—de 30 de Janeiro do corrente anno.

Sua Magestade o Imperador ha por bem ordenar que *provisoriamente* se observe no Imperio o seguinte Regulamento, para execução do art. 3 § 3 do Decreto n. 1318—de 30 de Janeiro do corrente anno.

CAPITULO I.

Da medição e demarcação das terras devolutas.

Art. 1.° Em cada districto de medição haverá hum Inspector Geral encarregado de medir, demarcar e descrever; e de fazer medir, demarcar e descrever as terras devolutas, segundo a Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850, e Regulamento n. 1380 —de 30 de Janeiro de 1854.

Art. 2.° O Inspector Geral fará, em regra, por contracto a medição, demarcação e divisão dos territorios, percebendo determinada somma por braça linear, e ficando sujeito a todas as despezas da medição, demarcação e divisão.

Medindo e demarcando por este modo, não poderá receber por braça linear, ou corrente, mais de 80 rs., regulando o preço medio de 50 rs.

Art. 3.° Se a medição fôr feita na conformidade do artigo anterior, o Inspector Geral empregará no serviço da medição, demarcação e divisão dos territorios, os individuos que julgar convenientes, sem approvação do Presidente da Provincia, ou de outra qualquer authoridade. Os Escreventes, Desenhadores e Agrimensores porém serão nomeados segundo o art. 11 do citado Regulamento.

---

são impostas na Côrte pelo Governo Imperial sob proposta do Director Geral, e nas Provincias pelos Presidentes sob a do Delegado do mesmo Director.

(1) *E os livros do registro*, etc.

O Av. de 18 de Agosto de 1854 se approvou o expediente tomado pelo Vigario de S. José de Leonissa, na Comarca de Campos, na Provincia do Rio de Janeiro, lançando em *livro especial* as declarações relativas as terras de sua Freguezia que, segundo a divisão civil, pertence á Provincia de Minas-Geraes.

(2) Vide Cod. Crim. no art. 267. onde se impõe por estes delictos a prisão por vinte dias á quatro mezes, e a multa de vinte por cento do valor destruido ou damnificado.

(3) *Juizes-Commissarios.*

Estes Juizes estão obrigados á comprar os objectos necessarios ao serviço de que se acharem encarregados, visto como pelo art. 55 do Reg. de 30 de Janeiro de 1854 percebem emolumentos das partes.

O Av. n. 91—de 13 de Março de 1857 declarou, que estes Juizes não podem proceder á legitimação ou revalidação de posses e sesmarias de filhos e genros seus, nem collateraes até o 2° grão, como he principio geral de Direito, devendo neste caso os interessados requerer a designação de hum Juiz Commissario *ad hoc*, visto não haver substitutos legaes.

Sempre que fôr possivel o Inspector Geral fará contractos com os Agrimensores, que empregar, e que perceberão quantia determinada por braça linear(1) ou corrente, que medirem e demarcarem naquellas linhas de que forem incumbidos (2), ficando porém sujeitos á todas as despezas da medição e demarcação (3).

Art. 4.º No contracto(4) se fixará a localidade, e o numero de territorios que o Inspector terá de medir(5), dividir, demarcar e descrever; e o tempo em que deverá concluir o serviço.

Se prestar fiança idonea pela importancia total do contracto, poderá receber adiantada a quota correspondente a alguns mezes.

A prestação porém correspondente ao mez ultimo não será paga em quanto, á vista dos diagrammas dos territorios, das notas do Memorial, e da verificação do art. 6.º, o trabalho não fôr approvado pelo Delegado Director da Repartição Geral das Terras Publcas.

Art. 5.º Não sendo approvado o trabalho em consequencia de erros, ou faltas das circumstancias determinadas neste Regulamento, o Inspector Geral perderá o importe da fiança, e não receberá a ultima prestação.

Neste caso o Inspector Geral, dentro do prazo de 20 dias, poderá interpor recurso suspensivo da decisão do Delegado, e por intermedio deste, para o Director Geral das Terras Publicas.

O recurso fundamentado pelo recorrente será informado pelo Delegado dentro de outro igual prazo.

As differenças de 1 braça em 500 braças ou de 7 minutos nas medidas angulares, relativas ás linhas, que segundo os arts. 19 e 23 devem ser medidas, demarcadas e descriptas pelo Inspector Geral, serão toleradas, e não determinarão as multas.

A tolerancia sobre a grandeza e direcção das linhas, que segundo o art. 24 tem de ser medidas, demarcadas e descriptas pelos Agrimensores, será de 2,5 braças em 500, e de 17 minutos em angulo.

Se não terminar o trabalho dentro do tempo estipulado, perderá por cada mez de excesso a decima parte do valor da fiança, e de mais o direito á ultima prestação, se dentro dos dez primeiros mezes, contados do termo do contracto, não o tiver completamente satisfeito.

Art. 6.º O Delegado do Director da Repartição Geral das Terras Publicas, logo que o Inspector Geral communicar que está a terminar a medição, demarcação, descripção e divisão dos territorios contractados (1), deverá por si, ou por hum Engenheiro por elle proposto ao Presidente da Provincia, verificar a exactidão dos trabalhos.

Para esta averiguação serão medidas duas linhas tomadas ao acaso em cada territorio e os angulos de todas as secções que se encontrarem.

O Delegado ou Engenheiro receberá 8 rèis por braça corrente verificada, e a ajuda de custo para transporte dos Officiaes Superiores marcada no Decreto de 3 de Março de 1849, ficando sujeito a todas as despezas da verificação (2).

---

(1) *Braça linear.*

O Av. n. 137—de 6 de Abril de 1863 declarou quanto ao pagamento de braçagens devido aos Engenheiros medidores o seguinte :

1.º—Que ao Engenheiro que procede as medições para fechar um perimetro de terreno pedido á titulo de compra não he necessario verificar a linha commum, já anteriormente medida e demarcada por outro Agrimensor, ao qual sómente compete a responsabilidade de qualquer inexactidão que tenha sido commettida.

2.º—Que, conseguintemente, nenhuma gratificação se deve abonar como braçagem sob o pretexto de verificação de linhas communs.

(2) *Linhas de que forem incumbidos.*

Vide art. 44 do D. n. 1318—de 30 de Janeiro de 1854.

O Av. n. 418—de 30 de Setembro de 1868 declarou que os Engenheiros incumbidos de medições de terras, e das explorações de estradas e rios, observem o que á este respeito contém o *Tratado de Astronomia* do Dr. Liais, applicado à Geodesia pratica.

(3) *Sujeitos á todas as despezas de medição e demarcação.*

Vide arts. 14 e 21 do D. n. 1318—de 30 de Janeiro de 1854.

O Av. n. 199—de 3 de Agosto de 1864 impõe aos Juizes Commissarios a obrigação de comprar os objectos necessarios ao serviço de que se acharem encarregados, visto receberem emolumentos das partes.

(4) *No contracto.*

O Av. n. 224—de 17 de Agosto de 1864 mandou dar á um ajudante de Engenheiros que servia de Agrimensor, mensalmente a quantia de cem mil réis (00$) emquanto estivesse occupado em trabalhos de medições e descriminações de terras devolutas, e metade quando empregado em serviços de legitimações.

Vide tambem sobre os vencimentos que compete ao Escrivão e Agrimensor o que diz o Av. n. 558—de 27 de Novembro de 1862 que refere-se a Circular de 12 de Novembro de 1857 e aos Avs. de 30 de Novembro de 1860, e n. 226—de 26 de Junho de 1862.

O primeiro Av. sob n. 404—de 1857 concede o vencimento por *inteiro* aos Agrimensores nos dias em que deixarem de trabalhar por motivos alheios á sua vontade.

Vide art. 13 do D. n. 1318—de 30 de Janeiro de 1854.

(5) *Que o Inspector terá de medir.*

O Av. n. 91—de 13 de Março de 1857 declarou, que os Juizes Commissarios de que trata o art. 30 do Dec. n. 1318—de 1854 não podem proceder á legitimação ou revalidação de posses ou sesmarias de filhos e genros seus, nem collateraes até o 2º grão, como he principio geral de Direito, devendo neste caso os interessados requerer a designação de um Juiz Commissario *ad hoc*, visto não haver substitutos legaes.

Na mesma incompatibilidade parece que tambem incorrem os Inspectores Geraes de Medições.

---

(1) *Ou por hum Engenheiro.*

Vide art. 3 *supra* e na nota (1) o Av. n. 137—de 6 de Abril de 1863.

(2) *Sujeito á todas as despezas de verificação.*

Este Dec. he o de n. 592 e a Tabella que approva reduz-se ao seguinte :

1.º—De Brigadeiro á Tenente-General inclusive—

Art. 7.º Se a medição, divisão, e demarcação dos territorios não fôr feita segundo o disposto no art. 2, sempre que fôr possivel o Inspector Geral contractará com os Agrimensores (1) a somma, por que tem de fazer a medição e demarcação da braça linear ou corrente nas linhas, que elles tem de medir, demarcar e descrever, na conformidade do art. 24 deste Regulamento.

O preço então da medição e demarcação de huma braça lienar jámais excederá a 53 réis, e o médio regulará por 33 réis, incluindo-se nelles qualquer despeza, que se haja de fazer com a medição e demarcação das linhas contractadas.

O contracto declarará o tempo, em que a divisão, medição, demarcação e descripção de cada hum territorio deverá ficar ultimada; e ás multas em que incorrerem os Agrimensores pela falta de cumprimento do contracto, que só terá vigor depois de approvado pelo Presidente da Provincia, com audiencia previa do Delegado do Director da Repartição Geral das Terras Publicas.

Art. 8.º Se o Agrimensor prestar fiança idonea pela importancia total do contracto, poderá receber adiantada, e mensalmente a quota correspondente; não lhe sendo porem paga a ultima, sem que o trabalho esteja concluido, approvado pelo Inspector Geral, e verificado pelo Delegado ou Engenheiro, segundo o art. 6º deste Regulamento.

Art. 9.º Se o trabalho não fôr approvado, e na verificação se encontrarem erros e falta de circumstancias determinadas por este Regulamento, ou se não ficar ultimado dentro do prazo estipulado, soffrerá o Agrimensor as multas do art. 5º. No trabalho dos Agrimensores são toleradas as differenças notadas neste mesmo art.

Art. 10. Se o Agrimensor não prestar fiança idonea, nada receberá antes que os trabalhos estejão concluidos, approvados pelo Inspector Geral, e verificados pelo Delegado, ou pelo Engenheiro por elle proposto.

Art. 11. Se não fôr possivel fazer contractos com o Inspector Geral para a medição, demarcação e divisão dos territorios, segundo o disposto no art. 2º, ou se elle não puder fazer contractos com os Agrimensores, como determina o art. 7º, poderá o Governo mandar proceder por administração áquellas operações; e então o Inspector Geral proporá ao Presidente da Provincia, por intermedio do Delegado do Director da Repartição Geral das Terras Publicas, o numero de Agrimensores, e de individuos precisos para o serviço da cadeia ou regoas de medição, das picadas, de collocar os marcos, e fazer as marcas e signaes, de que trata o art. 15 deste Regulamento; indicando ao mesmo tempo os vencimentos(1), que taes individuos devão perceber, tendo em vista o maximo marcado no art. 13.

Em todo o caso proporá o numero(2) de Escreventes e de Desenhadores necessarios, e os vencimentos que devão ter (3).

Art. 12. Nos casos do art. 7 e 11 per-

---

por legua de marcha 6$000 no maximo, e 3$000 no minimo.

2.º—De Major á Tenente-Coronel 4$000 no maximo, e 2$000 no minimo.

3.º—De Alferes até Capitão inclusive — 2$000 no maximo, e 1$000 no minimo.

(1) *Contractará com os Agrimensores.*

O Av n. 380—de 11 de Dezembro de 1855 declarou, que não ha inconveniente em que os Ajudantes desenhistas sejão empregados como Agrimensores, uma vez que isto não prejudique o serviço da Inspectoria, e se guarde a regra do vencimento marcado no art. 13 com cessação do fixo estabelecido no art. 11.

Pelo Av. n. 277—de 22 de Agosto de 1857 declarou-se, que podia ser approvada a proposta de um militar para Desenhador, sólicitando-se do Ministerio dá Guerra a competente licença, comtanto que se tenha em vista se ha necessidade justificada de tal nomeação para trabalhos indispensaveis.

(1) *Indicando ao mesmo tempo os vencimentos.*

Vide nota precedente, e § 4 supra.

Os Avs. n. 387 e 253—de 21 de Novembro de 1856, e de 29 de Julho de 1857 declararão, que quando o Inspector Geral empregar sob sua responsabilidade os Agrimensores na medição das linhas, que são de sua exclusiva attribuição, deverá pagar-lhes a braçagem de 7 reis, deduzindo-a da que á elle proprio compete, e que o dia do começo do trabalho, desde o qual tem os ditos Agrimensores direito á sua gratificação, se deve contar da entrada para o matto.

O Av. n. 69—de 20 de Fevereiro de 1857 declarou, que os Agrimensores da Inspectoria Geral das Medições na Provincia do Pará *provisoriamente* percebão por inteiro o seu vencimento fixo ainda nos dias, em que não trabalhão por motivos inteiramente estranhos á sua vontade, restituindo-se-lhe metade dos vencimentos que se lhes havia descontado.

Mas o Av. n. 90—de 12 de Março do mesmo anno estabeleceu a regra geral de que os Agrimensores tem direito aos seus vencimentos por inteiro, quando se empregarem em qualquer serviço pertencente á Inspectoria das Medições.

(2) *Proporá o numero.*

O Av. n. 70—de 21 de Fevereiro de 1857 declarou, que propostos pelo Inspector e approvados pelos Presidentes os Escreventes e Desenhadores Ajudantes, e fixados os respectivos ordenados, devem-lhes ser expedidos os Titulos de sua nomeação pelos mesmos Presidentes; não acontecendo outro tanto á respeito dos Agrimensores, e mais Empregados de Medições, que recebem gratificações por dias de trabalho, os quaes, independente de Titulos, devem entrar em exercicio da sua commissão emquanto convier.

(3) *E os vencimentos que devão ter.*

O Av. n. 386—de 20 de Novembro de 1856 declarou, que os Escreventes das Inspectorias tem vencimentos fixos, e não salarios por dias de trabalhos como acontece aos Agrimensores e outros empregados de medições; e por isso deverão ser pagos de seus ordenados correspondentes aos mezes de licença que obtiverem das Presidencias.

Por Av. n. 253—de 29 de Julho de 1857 se declarou, que tendo os Escreventes das Inspectorias vencimentos fixos e uma nomeação regular, tem direito á serem pagos dos mesmos vencimentos durante o tempo em que estiverem impedidos de servir por molestia, devendo em tal caso o Imspector Geral fazer substituir o impedido por outro Escrevente ou empregado da Inspectoria que tenha idoneidade necessaria; mas se a molestia do Escrevente se prolongar muito, de modo que o serviço tenha de soffrer com a substituição interina, deverá em tal caso solicitar o Inspector Geral do Presidente da Provincia a demissão, propondo outra pessoa para substitui-lo.

ceberão os Inspectores Geraes(1), como gratificação mensal huma quantia não superior a 200$, e 18 reis por cada braça linear, que medirem, ou á dos mesmos 200$, e 8 reis por braça de medição, que fizerem duas turmas de Agrimensores empregados. Se forem quatro as turmas de Agrimensores perceberão os mesmos Inspectores Geraes mensalmente a quantia não superior aos 200$ e 45 réis por braça de medição effectuada; e assim por diante conforme o numero das turmas.

No traço, medição, e demarcação da meridiana e base principaes, e das bases de correcção a quota por braça de medição não excederá a 36 réis.

Art. 13. Os Agrimensores(2) no caso do art. 11 vencerão nos dias de trabalho quantia não superior a 3$500, e 7 réis por braça de medição(3): se medirem, demarcarem e descreverem mais de 500 braças receberão pelo excesso até 4 réis por cada huma.

Art. 14. Em cada Districto de medição, depois de hum ligeiro reconhecimento, o Inspector Geral escolherá o terreno, que melhor se prestar para dirigir com menos difficuldade a linha N. S. verdadeira; e traçará a verdadeira meridiana, partindo, em igualdade de circumstancias, de algum lugar notavel, e a medirá, fixando marcos de 250 em 250 braças, outros maiores de 500 em 500 braças; e outros ainda maiores de 6.000 em 6.000 braças. Sempre que for possivel preferir-se-hão marcos de pedra, e só na falta de meios para faze-los, ou no caso de grande difficuldade em obter-se a pedra necessaria, serão de madeira lavrada, observando-se a este respeito o que dispõe o art. seguinte.

Art. 15. Os marcos de madeira serão de boa qualidade, de modo que resistão a acção da atmosphera, e da terra, e quer estes quer os de pedra terão marcas e signaes particulares; e se nas visinhanças delles houver alguma arvore, ou pedra nativa, serão estas tambem marcadas com o numero da fileira, territorio e secção, dentro da qual estiverem; e se notará no — *Memorial*— a distancia e direcção; em que ficão, relativamente ao mais visinho marco.

Os marcos, pela sua posição, devem indicar a linha, que se estiver correndo.

Art. 16. Para traçar a verdadeira linha N S., ou a meridiana verdadeira, se o terreno se prestar á triangulação, o Inspector Geral empregará este methodo, tendo o maior cuidado na medição effectiva da base, que escolher; na determinação do seu azimuth, para ficar bem orientada; e na escolha dos pontos para vertices dos angulos dos diversos triangulos.

Se o terreno porém se não prestar á triangulação, o Inspector Geral traçará a meridiana pelos outros methodos, que a sciencia ensina.

Art. 17. Se obstaculos naturaes não permittirem a continuação da medição e demarcação da meridiana, transpostos estes, se progredirá na mesma direcção, calculando-se as distancias, que não forem effectivamente medidas; e prolongada a linha, logo que o obstaculo não o embarace, se proseguirá na medição e demarcação, como acima se determinou.

Art. 18. Do ponto de partida da meridiana o Inspector Geral traçará a base, ou o parallelo terrestre do lugar, medindo-a e demarcando-a, como se determina nos art. 14 e 17 deste Regulamento.

A meridiana e a base cuidadosamente verificadas por segundas operações.

Art. 19. Traçadas, medidas, demarcadas e descriptas as duas linhas dos artigos antecedentes, o Inspector Geral, tendo previamente feitos os annuncios, de que trata o art. 17 do Regulamento n. 1.318 —de 30 de Janeiro de 1854, correrá, partindo dos marcos maiores, que dividem a meridiana e a base em partes de 6.000 braças, ou de duas leguas do lado, e que terão o nome de territorios.

As linhas parallelas á base poderão ser medidas, demarcadas e descriptas por hum dos Desenhadores(1), Ajudantes do Inspector

---

(1) *Inspectores Geraes.*

Nos Avs. de 16 e 22 de Dezembro de 1854 marcou-se a gratificação estabelecida neste e no art. 13 para estes Empregados, e para os Agrimensores das Provincias do Maranhão e Amazonas.

Vide *infra* a nota ao art. 19.

(2) *Os Agrimensores.*

O Av. n. 404—de 12 de Novembro de 1857 declarou, que os Agrimensores empregados no serviço das medições de terras percebem por inteiro, e *provisoriamente* o vencimento fixo de trata o presente art., ainda nos dias que não trabalharem por motivos independentes de sua vontade

Percebem o mesmo vencimento, dadas as mesmas circumstancias, quando estiverem retidos na Capital, durante a estação invernosa, ou por outro qualquer motivo attendivel (Av. n. 404—de 12 de Novembro de 1857 e n. 128—de 10 de Abril de 1858).

Pelo Av. n. 253— de 29 de Julho de 1857 se declarou, que o Inspector Geral quando mede as parallelas, percebem a mesma braçagem neste art., visto que não se faz aqui menção de linhas.

Vide *supra* a nota (1) ao art. 12.

No Av. n. 139—de 24 de Abril de 1858 se fixou o prazo (trez mezes ao menos) durante o qual deve ser declarada a ausencia dos Agrimensores do serviço das medições por molestia grave provada.

(3) *Braça de medição.*

O Av. n. 152—de 30 de Abril de 1858 declarou, que a *gratificação de braçagem* compete ao Inspector de medições e Agrimensores na forma dos arts. 12 e 13, os quaes mui clara e terminantemente mandão que a gratificação de braçagem seja paga mensalmente quando a medição fôr desempenhada por administração.

(1) *Desenhadores.*

O Av. n. 308—de 11 de Dezembro de 1855 declarou que os Ajudantes Desenhistas encarregados de trabalhos de que trata este e o art. 23, tem direito a mesma gratificação marcada aos Agrimensores no art. 13; cessando os vencimentes fixos do art. 11 *supra*.

Geral, ficando porém este responsavel pela exactidão da operação.

Art. 20. As linhas de 6.000 braças, ou muito proximas a este algarismo, e de que trata o artigo antecedente, serão divididas em 12 partes iguaes por marcos da mesma grandeza e fórma, que os medios do art. 14: o meio de cada huma destas partes será marcado por hum marco igual aos de que tratã o artigo citado, e que dividem a meridiana e a base em fracções de 250 braças.

Os marcos pela sua posição devem indicar a linha, que se estiver correndo.

Art. 21. As partes das linhas parallelas à base comprehendidas entre a meridiana e sua parallella mais proxima, ou entre suas parallelas mais visinhas entre si, nunca serão menores de 5.928 braças, ou maiores de 6.072 braças; e o Inspector Geral traçará as novas bases, que se denominarão 1ª 2ª e 3ª, etc., bases de correção S. ou N. conforme estiver ao S. ou N. da base principal.

As bases de correcção serão medidas, demarcadas e descriptas, segundo se determinou no art. 18 deste Regulamento, e sobre ellas, a meridiana, e suas parallelas se procederá pela maneira prescripta nos arts. 19 e 20.

Art. 22. O Director da Repartição Geral das Terras Publicas proporá ao Governo os pontos, em que deverão ser, em cada Districto de medição, medidas e demarcadas as bases de correcção, a fim de que os territorios e suas secções se approximem sempre ao disposto no artigo 14 da Lei n. 601 —de 18 de Setembro de 1850, e no art. 12 do Regulamento de 30 de Janeiro de 1854.

Art. 23. Para se proceder com mais economia, presteza e exactidão na divisão dos territorios medidos e demarcados segundo o disposto nos artigos 19 e 20 deste Regulamento, o Inspector Geral, por si ou por hum dos Desenhadores, seus ajudantes(1), dividirá ao meio as bases dos mesmos territorios por huma linha N S. verdadeira ou parallela à meridiana, medindo-a, marcando-a e descrevendo-a conforme se determina no artigo 14; e por huma linha parallela à base dividirá o territorio em quatro polygonos iguaes entre si, e proximamente de huma legua quadrada de área. Esta ultima linha será medida e demarcada segundo o disposto no artigo 20.

Art. 24. Duas turmas, dirigidas por Agrimensores, farão a divisão de cada hum destes polygonos, ligando huma, por meio de linhas, os marcos medios, oppostos e collocados sobre a base e sua parallela mais proxima, ou entre suas parallelas mais proximas, lados do polygono de legua quadrada, e a outra turma ligando, por meio de linhas, os marcos medios, oppostos e collocados na meridiana e sua parallela mais proxima, ou entre suas parallelas mais proximas, outros dous lados do mesmo polygono.

As linhas percorridas pelos Agrimensores serão medidas e demarcadas como as do art. 23.

As arvores e pedras nativas que se acharem na visinhança de qualquer marco serão marcadas e descriptas como se determina no art. 15.

Art. 25. A divisão dos quartos de territorios em secções começará sempre do do angulo S O. de cada hum daquelles.

Art. 26. Nos pontos de encontro das duas turmas que trabalharem no mesmo quarto de territorio se fará a verificação da direcção e grandeza das partes já medidas das linhas que se estiverem correndo, confrontando os dous Agrimensores, chefes das turmas, o numero de braças que nessas linhas tiverem percorrido, e medindo effectivamente o angulo que as mesmas linhas fizerem no lugar do encontro.

Este se verificará nos angulos NE. das secções n. 18, 23, 27, 33, 39, 45, 59, 61, 67, 89, 95, 99, 105, 111, 117, 125, 131, 133 e 139, e ahi se terá a prova de que as linhas seguem a verdadeira direcção, e vão sendo medidas com exactidão.

O Inspector Geral, antes de começar a medição, demarcação, divisão e descripção dos territorios, calculará o comprimento das linhas parallelas à base, lados das secções de cada hum territorio, segundo as latitudes em que tiverem de ser traçados, e remetterá sem demora à Repartição Geral das Terras Publicas cópia da tabella desse comprimentos.

Os angulos das secções, excepto nos casos dos artigos 28 e 30, serão sempre rectos tolerando-se porém as differenças notadas no art. 5.

Art. 27. Se o angulo não fôr recto, e o numero de braças não corresponder à indicação da Tabella, deverá ter havido engano na medição, e direcção de huma, ou de ambas as linhas, que se estiver percorrendo: e ambas devem ser rectificadas por novas operações, se as differenças forem maiores do que as tolerancias determinadas no art. 5º.

O Agrimensor, que der causa ao erro, pagará as despezas feitas com a medição, e demarcação das linhas percorridas pela primeira vez; e a importancia de taes despezas lhe será descontada nos primeiros pagamentos por deducção da quarta parte do que for vencendo.

Esta deducção só terá lugar, quando a medição não fôr feita por contracto; existindo porém contracto, prevalecerão as disposições dos arts. 5 e 9.

(1) *Desenhadores seus ajudantes.*
Vide *supra* o Av. n. 380—de 11 de Dezembro de 1855 na nota (1) ao art. 19.

Art. 28. No caso de o terreno se não prestar á medição e demarcação determinadas nos arts. antecedentes, em consequencia de grandes extensões de pantanos, lagos e terrenos aridos e estereis, ou de muitas e mui curvas voltas de rios navegaveis, que cortem os territorios e secções, ou tornem os territorios e secções visinhos improprios para a cultura e criação, o Inspector Geral fará hum ligeiro reconhecimento do terreno e á vista do esboço, que delle traçar, se procederá depois á medição e demarcação pelo modo, por que se prestar o mesmo terreno(1), e tiver sido approvado pelo Governo; approximando-se porém sempre o mais possivel ás regras estabelecidas nos artigos anteriores.

Art. 29. Os territorios do artigo antecedentes terão, bem como os outros, a área de quatro leguas quadradas, e as secções a de 250.000 braças quadradas, sempre que fôr possivel. Na hypothese das voltas de grande curvatura, a frente sobre o rio será muito menor que o fundo; e quando as circumstancias do terreno permittirem ás secções de ter de frente a mesma grandeza, serão ellas assim medidas.

Na hypothese de pantanos e lagos, as secções serão medidas de modo que cada huma dellas comprehenda quanto possivel fôr a mesma porção de terreno aproveitavel.

Art. 30. Quando se tiver de medir e de marcar ilhas devolutas, cujas áreas não não contiverem mais do que hum territorio, ou 36.000.000 braças quadradas, se observará na sua medição e demarcação o que se acha disposto nos arts. 28 e 29. Se porém a ilha contiver mais do que hum territorio, sómente as secções das costas serão sujeitas á ultima regra; e as do interior são applicaveis as disposições geraes anteriormente dadas.

Art. 31. No caso dos arts. 28 e 30 o Inspector Geral, logo que tiver feito o reconhecimento de hum, ou mais territorios, esboçará a planta e a transmitirá ao Delegado do Director da Repartição Geral das Terras Publicas com o projecto de medição, que tiver concebido, e ligeira descripção do terreno. O Delegado remetterá ao Director Geral a planta, projecto e esclarecimentos, acompanhando-os de informação sua.

O Director Geral apresentará tudo ao Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios do Imperio para deliberar, como mais conveniente julgar.

Art. 32. Logo que cessarem os embaraços, de que trata o art. 28, a medição proseguirá como se acha determinado para o caso geral.

Art. 33. Se em consequencia dos obstaculos naturaes ou legaes, algumas secções não ficarem completas, se calculará a área, que dellas restar livre.

Os limites destes lotes serão as linhas, de que se tem tratado nos arts. 14, 18, 19, 21, 23, 24, 28, 29 e 30, e o perimetro dos mesmos obstaculos.

Art. 34. Para traçar as linhas, de que se tem tratado nos artigos antecedentes, se farão diariamente as observações precisas para conhecer-se a declinação da agulha(1), sendo preferido o uso do theodolyto no traço das linhas N S. verdadeiras. Nunca porém se empregará no traço da base e suas parallelas outro instrumento, que não seja a agulha.

Art. 35. As agulhas e outros instrumentos de medir angulos, os thermometros, barometros, etc., serão os mais perfeitos possiveis, e, sempre que fôr possivel, rectificados e comparados convenientemente todos os dias.

Art. 36. As 144 secções, em que o territorio fica dividido, segundo os arts. 23 e 24, serão numeradas seguidamente de 1 até 144, dirigindo-se alternadamente de L. para O., e de O. para L., começando a numeração do angulo NE.

Art. 37. Será calculada em braças quadradas a área das secções, não incluindo o leito dos rios navegaveis, os lagos e qualquer outra superficie, que por motivos naturaes ou legaes não possa ser aproveitada pelo futuro possuidor.

No Memorial e diagramma do respectivo territorio se notarão as áreas acima ditas, e o valor da braça quadrada da respectiva secção, tendo-se em vista o disposto no art. 14 § 2º da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850.

Art. 38. Quando algum rio navegavel atravessar huma ou mais secções, será calculada a área de cada huma das partes, em que as secções ficarem divididas.

Art. 39. Se existirem embaraços naturaes ou legaes, como lagos, rios navegaveis, grandes penedos, terrenos possuidos legitimamente por particulares, etc., que interrompão a medição e demarcação determinadas neste Regulamento, transpostos os embaraços, e calculada a grandeza das linhas,

---

(1) *Pelo modo, por que se prestar o mesmo terreno.*

O Av. n. 248—de 24 de Aosto de 1858 declarou, que quando se derem sobras de terrenos devolutos em extensão não superior á huma legua, marcada em terrenos particulares, e de limites irregulares, o Agrimensor se afastará das regras geraes, e procederá, á medição e demarcação como mais conveniente fôr, tendo sempre a vista os arts. 28 e 29 deste Reg.

(1) *Declinação da Agulha.*

Vide *infra* o Av. n. 385. —de 19 de Dezembro de 1855, mandando observar provisoriamente as Instrucções praticas organisadas pela Repartição Geral das Terras Publicas para a execução dos arts. deste Reg. maxime o presente.

que se não poderem medir, continuarão na mesma direcção; e os territorios, e suas secções, assim interrompidos ou absorvidos, terão a mesma numeração, que lhes competiria, se taes embaraços não existissem.

Art. 40. Os territorios serão seguidamente numerados de 1 em diante do S, para o N, e do N para o S, partindo da base principal.

As reuniões dos territorios, assim collocados, tomarão o nome de—*Fileiras*—, que serão numeradas seguidamente de L para O e do O para L, partindo da meridiana principal de 1 em diante.

Art. 41. As cadeias de medição serão de ferro, e terão 10 braças de comprimento, ou 22 metros: na medição porém se empregarão meias cadeias de 5 braças ou 11 metros, divididos por elos em 50 palmos.

As fracções do palmo serão medidas por escala do mesmo metal, e em que a menor subdivisão seja de 1/96 do palmo.

Na medição da meridiana, e base se preferirá o basimetro de Mr. Porro, e na sua falta as regoas, de que trata o art. 42.

Art. 42. Em vez de cadeias se poderão empregar na medição das linhas, que dividem os territorios, regoas de madeira de 2 braças, 4,4 metros, divididas em palmos ou decimas partes da braça.

As regoas serão de duas braças e preparadas de maneira, que pouca ou nenhuma influencia tenha a humidade sobre suas dimensões.

Cinco regoas desta equivalem a huma cadeia.

Art. 43. As meias cadeias e regoas serão diariamente confrontadas com os padrões do metro, ou da braça, que forem fornecidos pelo Governo ao Inspector Geral.

A medição será feita horisontalmente, qualquer que seja a ondulação do terreno.

Art. 44. Os pontos mais notaveis das linhas medidas, e principalmente os de encontro da meridiana e bases de correcção; as povoações de alguma importancia, principios de cascatas, que interrompão a navegação dos rios, etc., serão com todo o cuidado fixados astronomicamente, tanto para ficarem bem determinados, como para correcção das linhas medidas e demarcadas.

As differenças consideraveis de nivel serão calculadas por observações barometricas.

Art. 45. No acto da medição se tomarão em livro proprio, e que terá o nome de—*Memorial*—, numerado, aberto, rubricado e encerrado pelo Delegado do Director da Repartição Geral das Terras Publicas, notas das circumstancias do terreno, por onde passarem as linhas: não se omittirá jamais a declaração da natureza do solo, e sua altura sobre o mar, as latitudes e longitudes determinadas no artigo antecedente, e a declinação da agulha magnetica indicada no art. 34; qualidades dos vegetaes existentes, o uso, a que com vantagem póde o terreno ser applicado; o valor da braça quadrada, segundo o disposto no art. 14 § 2º da Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850; os pontos em que convirá levantar fortificações, construir Arsenaes e outros estabelecimentos publicos, e colonias para os Indigenas, e fazer passar estradas geraes, provinciaes, municipaes e caminhos vecinaes.

Se os terrenos forem cobertos de matas, se notarão os que podem ser reservados para construcção naval, attendendo-se á qualidade e quantidade das madeiras, e á facilidade dos transportes.

Tambem se fará declaração no—*Memorial*—da extensão, em que os rios e lagos são navegaveis, e porque especies de embarcações; das sinuosidades, direcção, velocidade, profundidade e largura dos mesmos rios e lagos navegaveis, e da qualidade das margens; dos pontos, em que elles cortão as linhas medidas e demarcadas; das distancias e direcções destes em relação ao primeiro marco, arvore ou pedra nativa marcada; das menores distancias entre estes objectos; das marcas e signaes particulares de cada hum delles; da conferencia dos Agrimensores nos pontos de encontro designados no art. 26; da verdadeira posição de todas as minas, salinas e fontes salgadas, de que houver noticia; bem como de todos os outros cursos d'agua, e lagos, que interromperem as linhas corridas; da direcção, profundidade e correntesa nos pontos de secção; dos banhados ou mangues, e terrenos áridos e estereis, dos lugares proprios para machinas movidas por agua; emfim de tudo quanto possa ser interessante conhecer-se, e deva ser notado na conformidade deste Regulamento.

Nos diagrammas dos territorios se figurarão as circumstancias acima ditas, que poderem ser representadas.

Art. 46. Os Memoriaes, logo que estiverem escripturados, serão remettidos ao Delegado do Director da Repartição Geral das Terras Publicas para as enviar ao mesmo Director, e serem archivados na Repartição Geral. Com antecedencia requisitará o Inspector Geral novos Memoriaes, a fim de que nem cesse a medição, demarcação e descripção das terras devolutas, nem se fação as notas, determinadas no artigo antecedente, em cadernos ou folhas avulsas.

Art. 47. As notas dos Memoriaes serão escriptas por hum Escrevente, que será incumbido não só deste trabalho, e da correspondencia, registro e notas relativas á medição, e demarcação das secções, como tambem de auxiliar o Agrimensor nestas operações.

Cada turma de medidores terá hum Escrevente, e o Inspector Geral poderá ter

dous Escreventes (1), e dous Desenhadores habeis Agrimensores, segundo o numero de turmas de medição, que tiver sob suas ordens.

Art. 48. O Inspector Geral será incumbido de organisar o mappa ou diagrama do territorio com suas divisões e subdivisões, tomando por base o esboço do mappa dos Agrimensores e Desenhadores, e as notas dos Memoriaes.

A vista das mesmas notas organisará tambem o Memorial geral do territorio, de maneira que a cada huma das secções corresponda sua descripção completa, com todas as declarações exigidas por este Regulamento.

Art. 49. O trabalho dos Agrimensores deve ser revisto pelo Inspector Geral, que será responsavel pelos erros e faltas, que não tiver corrigido, ou tiver approvado. O Inspector Geral pagará todas as despezas feitas com a medição e demarcação viciada e por elle approvada, ou não corregida, podendo porém cobrar dos Agrimensores, que a praticarem, as despezas a que inutilmente derem lugar.

As despezas com as medições defeituosas, que não tiverem sido approvadas pelo Inspector Geral, e sim mandadas corrigir, serão pagas pelos respectivos Agrimensores, por inteiro, ou por deducção de huma quarta dos seus subsequentes vencimentos.

Art. 50. As copias dos mappas, de que trata o art. 15 do Regulamento n. 1.318—de 30 de Janeiro do corrente anno, serão acompanhadas de cópias do Memorial de que trata a segunda parte do art. 48 deste Regulamento.

Art. 51. O Director da Repartição Geral das Terras Publicas, seus Delegados, e Inspectores Geraes darão conhecimento das cópias dos mappas e notas do Memorial aos individuos, que desejarem informações para a compra de terras.

Art. 52. Os Inspectores Geraes e Agrimensores, sempre que encontrarem posses estabelecidas em terras devolutas, depois da data da publicação do Regulamento n. 1.318 —de 30 de Janeiro do corrente anno, immediatamente darão aos Conservadores do art. 87 do mesmo Regulamento parte circumstanciada da posição, e extensão approximada de taes posses, e do nome do intruso, para que tenha lugar o procedimento do art. 2 da Lei citada.

Igualmente darão aos mesmos Conservadores parte dos nomes dos individuos, que derrubarem matos em terras devolutas, ou nellas lançarem fogo.

Art. 53. Até o dia 15 de cada mez, o Inspector Geral enviará ao Delegado do Director Geral das Terras Publicas o relatorio circumstanciado de todos os territorios e suas fracções medidos, demarcados e descriptos no mez anterior, e a conta da despeza verificada no mesmo tempo.

Art. 54. Até o dia 8 de Setembro de cada anno, o Inspector Geral remetterá por duas vias ao Delegado o mappa dos territorios, que no anno financeiro anterior tiverem sido medidos, demarcados, divididos e descriptos; e a conta especificada das despezas feitas na Repartição do Inspector Geral.

CAPITULO II.

Da medição, demarcação e descripção das sesmarias ou concessões dos Governos Geral ou Provinciaes, sujeitas á revalidação, e das posses sujeitas á legitimação.

Art. 55. Os limites das sesmarias, ou concessões dos Governos Geral, e Provinciaes sujeitas á revalidação, serão os designados nos respectivos Titulos; e as linhas medidas, demarcadas e descriptas serão expressas em rumos verdadeiros; e em braças de 2.2 metros cada huma.

Art. 56. Nos pontos, em que os limites mudarem de direcção, se collocará hum marco, se algum objecto notavel, natural e permanente, e que possa ser marcado, não existir ahi ou muito proximamente.

Caso exista esse objecto, será marcado com signal particular, e no termo da medição se fará a descripção delle, e se notará a distancia e direcção, em que se acha, relativamente ao angulo mais proximo das linhas limites.

Art. 57. A agulha do Agrimensor será examinada antes de começar a medição de qualquer sesmaria ou concessão, e confrontada diariamente huma, ou mais vezes com outra, que deve ser fornecida pelo Governo ao Juiz Commissario.

Art. 58. A declinação da agulha será determinada por qualquer dos meios ensinados pela sciencia, sempre que se passar a distancia de 6.000 braças do ponto, em que se houver verificado a ultima declinação.

Ao Delegado do Director da Repartição Geral das Terras Publicas communicará o

---

(1) *Dous Escreventes.*

O Av. n. 48—de 10 de Fevereiro de 1857 declarou, que neste art. se designa bem claramente o numero de Escreventes, que poderão ser empregados nos trabalhos relativos á Inspectoria da Medição, ficando todavia ao criterio e espirito de economia dos Inspectores Geraes não admittir senão os que forem absolutamente indispensaveis.

No mesmo Av. se declara, que os Escreventes não estão comprehendidos na disposição do Av. de 19 de Novembro de 1855, visto preceberem um ordenado estipulado, e não gratificações por dia de trabalho; cumprindo notar que os mesmos Escreventes estão comprehendidos na disposição do Av. de 3 de Desembro do mesmo anno, porquanto delles fez expressa menção.

Juiz Commissario a declinação encontrada pelo Agrimensor, a fim de ser verificada pelo Inspector Geral do Districto, logo que seja possivel.

Art. 59. As cadeias ou regoas serão iguaes ás que usarem os Inspectores e Agrimensores empregados na divisão dos territorios; e serão conferidas diariamente na presença do Juiz Commissario com o padrão da braça ou metro.

A medição será feita sempre horisontalmente, qualquer que seja a ondulação do terreno.

Se porém a grandeza dos limites das sesmarias, ou concessões, tiver sido fixada segundo a ondulação do terreno, se fará o competente desconto, attendendo-se á inclinação do mesmo terreno sobre o plano horisontal.

Art. 60. Na medição, demarcação e descripção das posses, sempre que fôr possivel, as linhas, que as tiverem de limitar, correrão segundo as meridianas e parallelos verdadeiros, e serão medidas, demarcadas e descriptas conforme dispoem os arts. 56 a 59 deste Regulamento.

Art. 61. Para isto indicarão os Arbitros os terrenos que tiverem sido aproveitados pelos posseiros; o Agrimensor calculará a área dos ditos terrenos, ou antes a da projecção da superficie aproveitada sobre o plano horisontal,

Ajuntará depois o Agrimensor ao terreno indicado outro de equivalente área, e cujos limites serão, quando possiveis, as linhas meridiana e parallelo, com tanto que não sejão offendidos interesses de terceiro, respeitados pela Lei n. 601—de 18 de Setembro de 1850, e Regulamento de 30 de Janeiro de 1854; e não haja embaraços taes, que tornem muito difficil o costeio do lote assim demarcado.

Em geral o terreno a ajuntar a posse, não ficará todo de hum só lado della, mas a circumdará.

Art. 62. Ultimada a medição e demarcação de sesmaria ou concessão sujeita á revalidação, e da posse sujeita á legitimação, o Agrimensor organisará o respectivo mappa. Ahi serão figurados os marcos collocados nas diversas linhas, e os objectos naturaes marcados; os rios e montes; qualidade do solo; se coberto de matos, ou de pasto; se arido ou pantanoso.

Art. 63. Duas copias authenticas de cada mappa e das notas respectivas do termo de medição serão remettidas ao Delegado do Director Geral da Repartição Geral das Terras Publicas que, ficando com huma, enviará a outra ao mesmo Director, a fim de se poder organisar depois o mappa das sesmarias, ou concessões revalidadas, e posses legalisadas.

CAPITULO III.

Da medição, demarcação e descripção das sesmarias ou concessões dos Governos Geral e Provinciaes não sujeitas á revalidação, e posses não sujeitas á legitimação.

Art. 64. Na medição, demarcação e descripção das sesmarias ou concessões não sujeitas á revalidação, e das posses não sujeitas á legitimação, o Juiz Municipal e Agrimensor procederão como se determina nos Artigos 55, 56, 57, 58, 59, 62 e 63 deste Regulamento, pertencendo ao mesmo Juiz Municipal o que elles dispoem sobre o Juiz Commissario.

Palacio do Rio de Janeiro, em 8 de Maio de 1854.—*Luiz Pedreira do Couto Ferraz.*

AVISO n. 385—DE 19 DE DEZEMBRO DE 1855.

Manda observar provisoriamente as Instrucções praticas organisadas pela Repartição Geral das Terras Publicas para a execução dos artigos do Regulamento de 8 de Maio de 1854.

Art. 1.º Na conformidade do art. 34 do Regulamento de 8 de Maio de 1854, a base principal, e suas parallelas devem ser traçadas com agulha; mas circumstancias especiaes do terreno podem tornar a declinação extremamente variavel, e assim a agulha inefficaz para marcar a direcção dessas linhas.

Então o Inspector, seus Ajudantes ou Agrimensores empregarão outro qualquer instrumento, preferindo entre elles o theodolyto, ou na falta deste hum Esquadro de Agrimensor que dê approximação de 10'; tomando porém as necessarias cautelas para evitar que, em vez do verdadeiro parallelo terrestre, que o Regulamento manda traçar, não se percorra a perpendicular. O que se conseguirá collocando no plano do parallelo ao Equador as hastes das bandeirolas.

Para que estas estejão nesse plano proceda-se da maneira seguinte: do pé da ultima bandeirola fixada pela direcção dada pela agulha, meça-se na direcção N S. verdadeiro para o lado do Equador huma porção igual ao comprimento da bandeirola multiplicada pelo seno da Latitude do lugar, e incline-se a mesma bandeirola de modo que o prumo pendente de sua extremidade superior caia no fim da porção medida.

Logo que a agulha deixe de ser actuada por aquellas circumstancias especiaes, e a declinação se conserve regular, deverá ser á risca executado o citado artigo.

Art. 2.º No traço da base principal, e bases de correcção, devendo haver o maior cuidado e exactidão, cumpre que de quatro

em quatro leguas se fação observações de Latitude.

Art. 3.º A medição de meridiano e base principal, e bases de correcção, segundo o art. 41 do Regulamento deve ser feita com o basimetro de Mr. Porro, e na falta deste instrumento com as regoas de que trata o art. 42, e que tem de ser fornecidas pelo Governo.

Quando se empregarem estas regoas assentará cada huma sobre duas estacas, e serão bem niveladas, afim de que a ondulação do terreno não influa nas medições.

Em regra nunca se deixarão de empregar cinco regoas ao mesmo tempo; e pelo menos duas regoas desenvolvidas, e huma terceira completamente fechada a fim de que a extensão, por ellas medidas, tenha 10 ou 5 braças ou seja igual a que fôr medida por huma, ou meia cadeia.

Art. 4.º Na medição com a cadeia, se o terreno fôr horisontal, será esta bem tensa, e parallela ao solo. Se o terreno fôr muito irregular poderá a medição fazer-se com o quarto da cadeia, que se conservará sempre horisontalmente.

Art. 5.º Os pontos extremos de cada extensão medida por meia cadeia ou cinco regoas, será marcado no terreno por huma —*fixa*—; e para diminuir a probabilidade de erros, não se avaliará em braças, a extensão das linhas medidas, mais sim em cadeias, que segundo o Regulamento contêm 10 braças.

Desta maneira 50 cadeias darão o comprimento de hum dos limites da Secção; 600 o de territorio, e de 25 em 25 cadeias se collocará hum dos menores marcos, de que trata o art. 14 do Regulamento.

Para evitar-se a curvatura das cadeias, isto he, a catenaria, determina o Regulamento que a medição das linhas, em que se empregar este instrumento, se faça com meias cadeias; mas isto não obsta á que a unidade tomada para a descripção seja a cadeia.

Art. 6.º As meias cadeias e regoas diariamente serão, na presença do Escrevente, pelo Inspector, Ajudante, ou Agrimensor, confrontadas com o padrão de vara fornecido pelo Governo.

As fracções de palmo serão medidas pela escala deste, fornecida tambem pelo Governo, empregando-se hum compasso de pontas muitas finas, de modo os quartos de linha, ou os $\frac{1}{384}$ do palmo, possão ser avaliados.

Art. 7.º As fixas, de que acima se tratou, serão de ferro, muito mais pesadas para o lado da ponta, a fim de conservarem com facilidade a posição vertical.

O extremo superior terminará em anel, onde se atará hum pedaço de qualquer panno de cor viva.

Cada turma de medidores será munida de 11 fixas: collocada huma destas no ponto de partida, as outras dez serão entregues ao medidor, que marchar na frente, o qual no fim de cada meia cadeia, ou cinco regoas (conforme estiver servindo a cadeia ou regoa) fixará huma no lugar, em que terminar a mesma meia cadeia, ou cinco regoas.

No progresso da medição, o medidor da retaguarda irá arrancando, e guardando as fixas cravadas pelo outro; e este, quando tiver collocado a undecima, gritará—dez—; e parará. Reunidos os dous medidores, das dez meias cadeias ou 10 vezes cinco regoas, tomarão nota desta medição, lançando em huma pequena canana, que para este fim trárão, hum grão de feijão, de milho, hum tento, etc., e tomando nota em caderno auxiliar, com que se fará depois a conferencia.

Feito isto, o medidor que estava na retaguarda, e que deverá conservar as 10 fixas, que arrancou, avança para a frente, e procederão ambos da maneira semelhante á que ficou determinada antecedentemente, com a unica differença de trocarem de funcções.

Semelhantemente procederão dahi em diante, alternando os dous medidores na ordem da marcha, e no serviço de collocar, e arrancar as fixas.

Art. 8.º Sempre que os dous medidores tiverem medido a extensão correspondente á 25 cadeias pararão, a fim de que o Inspector, Ajudante, ou Agrimensor marque o ponto, em que ella terminou, e mande fixar o respectivo marco de quarto de Secção, Secção ou territorio.

Art. 9.º Determinando o Regulamento de 8 de Maio de 1854 nos arts. 14, 15, 18, 20, 21, 23 e 24, que na medição e demarcação ordinarias se colloquem marcos, que denotem os vertices dos angulos dos territorios e Secções, e dividão ao meio os lados destas; e que nestes marcos, e nas arvores e pedras, que juntos delles estiverem, ou se acharem nas linhas, se fação tambem marcas e signaes, o maior cuidado e uniformidade deve haver na factura de taes signaes, a fim de que estes monumentos se não confundão entre si, tornando-se assim inutil a despeza, trabalho e tempo consumidos na medição e divisão das terras devolutas. Para evitar-se este grande inconveniente serão observadas as regras seguintes.

1.ª—Os marcos cravados nos limites dos territorios terão signaes diversos daquelles, que designarem as linhas interiores do mesmo territorio, e o mesmo se observará á respeito das arvores e pedras, que sobre as linhas, e nas visinhanças dos marcos, forem assignaladas, para indicarem os marcos; tornando-se assim arvores e pedras testemunhas.

2.ª—Os marcos de pedra que o art. 14

do Regulamento de 8 de Maio de 1854 chama—*ainda maiores*—nunca terão menos de 2 palmos ou 16 pollegadas de altura, e as outras dimensões serão taes que seu volume não seja menor de 672 pollegadas cubicas, correspondente ao corpo que tiver 16 pollegadas de comprido, 14 de largura, e 3 de espessura.

Nesses marcos se abrirão a escopro doze cortes horisontaes em cada quina ou lado, ficando os cortes dos lados e quinas oppostos ao N. S. L. e O.

3.ª— Os marcos de *pedra* que o art. 14, já citado chama —*maiores*— nunca terão mais de 14 pollegadas de altura, e seu volume regulará por 504 pollegadas cubicas. Quando collocados nos limites dos territorios terão em dous angulos ou faces oppostas ao N. S. ou L. e O. tantos cortes, feitos pela maneira acima dita, quantas forem as vezes 500 braças, que o ponto distar do angulo N. S. ou L. e O. do territorio, conforme se correr hum meridiano, ou parallelo.

4.ª— Os marcos chamados—*maiores*—, de que se tratou na regra anterior, quando collocados nas linhas interiores do territorio, tendo a mesma grandeza daquelles, serão marcados nos quatro angulos ou faces oppostas ao N. S. L. e O. com tantos cortes quantas vezes 500 braças distarem elles dos limites N. S. L. e O. do territorio.

5.ª— Os menores marcos de *pedra*—, de que trata o mesmo art. 14, nunca terão mais de 12 pollegadas de comprimento ou altura, o volume regulará por 360 pollegadas cubicas, e serão marcados nas faces que olharem para S. e L. com a fracção—1/4—.

6.ª— Os marcos de que trata a regra 2ª, 3ª e 4ª para serem com facilidade reconhecidos terão contiguas a si, e aos lados L. O. duas outras pedras menores.

Além disto a distancia não maior de duas braças se levantará hum pequeno monte de pedra secca e de base rectangular, tendo esta os lados na direcção do meridiano e parallelo. Estes montes testemunhas dos marcos terão de alto trez palmos, quando se referirem aos marcos de angulos de territorios, e 2 palmos quando se referirem aos dos angulos das Secçoes.

7.ª— Tambem junto aos marcos de que trata a regra antecedente, quando nas visinhanças houver arvores, se escolherão as mais visinhas, notaveis e de mais longa vida, e nellas se abrirão os signaes seguintes.

a— Se o marco pertencer a hum angulo de territorio ou a seus limites se escolherá em cada Secção, de que este angulo he commum, huma arvore, nas condições acima, e nella não muito distante do chão, e a huma braça, quando muito, se fará hum escudo.

Na parte media deste se abrirá, com instrumento cortante, hum talho horisontal bem distincto e pronunciado. Por cima deste talho e no mesmo escudo, ou na casca da arvore, se insculpirão as letras—A. T. (iniciaes da *Arvore Testemunha*), e os numeros do Territorio, Fileira e Secção com as iniciaes respectivas N. S. L. ou O. para distinguir completamente aquelles Territorios e Secções.

b—Nos angulos das Secções internas se escolherão e marcarão tambem 4 arvores pela maneira acima indicada, fazendo-se porém dous talhos no meio do escudo em lugar de hum só.

d—Se não houver arvores nas quatro Secções, de que o marco indica o angulo commum, visinhas a elle, se marcarão comtudo á distancia não maior de 50 braças; e neste caso, e quando não se encontre em qualquer das quatro Secções contiguas ao marco arvore nas circumstancias acima indicadas, se fechará com vallas hum quadrado de que o ponto de intercepção das diagonaes seja o marco.

Os lados do quadrado terão huma braça de comprimento: a profundidade das vallas será de dous palmos, e se lançará nas suas bordas exteriores a terra que dellas se extrahir, formando assim huma continuação de talude, que deve ser revestida de grama.

As vallas terão a direcção do meridiano e parallelo. Em cada hum dos angulos do quadrilatero se abrirá huma cavidade de dous palmos de profundidade, e nelle se enterrarão pedras, carvão de madeira, huma estaca de boa madeira ou outro qualquer objecto, que seja de difficil decomposição

e—A pouca distancia do marco se levantará hum pequeno outeiro conico de 3 palmos de altura. A terra e pedra para formar o cone será tirada do lugar visinho, cuja distancia e direcção em relação ao marco será medida. A cava ou poço deve ser quadrangular, e huma de suas diagonaes, quando prolongada passará pelo marco. O outeiro deve ser formado de maneira que se não desmorone com facilidade; para isto não deve entrar em sua construcção ervas, ramos, madeira etc., que, decompondo-se deixem intersticios, diminuão a adhesão das terras, e facilitem assim o desmoronamento.

Se as terras forem de alluvião e fracas, de maiores dimensões devem ser os cones; e sua superficie convém que seja revestida de grama, etc.

A localidade do monticulo e do poço deve ser determinada em relação ao marco, e escolhida e preparada de modo que não seja atacada pela corrente de agoas.

f—Devendo tambem ser marcadas as pedras, que se acharem nas visinhanças dos

marcos; e sendo difficil gravar nellas letras e algarismos, se fará nas faces que olharem para o Norte, e Oeste, o numero de incisões correspondente ao de vezes 500 braças que distar dos limites dos territorios, quando a pedra pertencer a alguma linha interna do territorio ; quando porém fôr relativa ao limite do territorio se fará na face que olhar para o S. ou O. conforme se correr o meridiano ou parallelo, o numero de incisões correspondente ao de vezes 500 braças que distar o marco do angulo Sul ou Oeste do mesmo territorio.

Se as pedras porém estiverem sobre a linha, e alguma cousa distantes dos marcos se insculpirão os signaes X, XI, conforme a linha fôr ou não limite de territorio.

Art. 10. Se nos terrenos que se tiver de medir, demarcar e descrever, não houver pedras para marcos, serão estes feitos de madeira de lei, e das de maior duração. Neste caso os marcos collocados de 6.000 em 6.000 braças, isto he, nos vertices dos angulos dos territorios terão 24 pollegadas enterradas, e outras 24 pollegadas fora da terra. Da parte descoberta, será aplainada em quatro faces orthogonaes hum palmo, contiguo ao extremo superior, que será aplainado do mesmo modo a fim de com facilidade se poder insculpir as letras e signaes de que abaixo se trata.

Art. 11 Estes marcos serão collocados verticalmente, e ficarão bem encravados, apertando-se a terra e ajuntando-se-lhe alguma pedra, se a houver na visinhança.

Art. 12 As faces aplainadas de que trata o Art. 10, terão de largura 4 pollegadas, e em cada huma dellas, segundo a Secção para que estiver voltada, se insculpirão os numeros e iniciaes do Territorio, Fileira e Secção fronteira, e as iniciaes que designão a posição em relação ao meridiano e base.

No topo superior se traçará a figura

N
L ◇ O
S

de modo que os traços desta, e os das letras tenhão huma linha de profundidade, a diagonal N.S. esteja na direcção do meridiano, e a L. O. na do parallelo terrestre.

Cada huma das faces do marco olhará para hum dos quatro territorios, e secções, a que o mesmo marco he commum.

Art. 13. Se o territorio fôr isolado se collocará o marco diagonalmente, como fica determinado, mas sómente se marcará a face que olhar para o mesmo territorio, ficando as outras faces limpas para nellas se insculpirem as respectivas iniciaes e numeros dos territorios visinhos, quando se medirem.

Art. 14. Os marcos medios de *madeira*, isto he, os que designão os angulos das Secções, terão 20 pollegadas bem enterradas, e outras 20 fóra da terra.

Estas 20 pollegadas serão aplainadas em quatro faces orthogonaes.

Serão tambem collocados diagonalmente e verticalmente, e, no topo, terão a figura

N
L ◇ O
S

olhando cada lado da figura, e face do marco para huma das quatro Secções de que o angulo, que se estiver marcando, he commum.

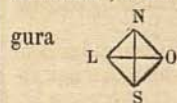
Em cada face voltada para cada huma das quatro Secções contiguas, se insculpirão as iniciaes da Secção, Territorio e Fileira com os respectivos numeros e letras que indiquem a posição relativa ao meridiano e base.

Art. 15. Se o marco medio de *madeira* não fôr commum a quatro Secções, se marcarão sómente as faces que olharem para as Secções medidas: as outras faces serão marcadas, quando se proceder á medição e demarcação das outras Secções contiguas.

Art. 16. Os marcos menores de *madeira* terão 16 pollegadas enterradas e bem cravadas; e outras 16 pollegadas fóra da terra.

Nesta ultima parte e junto ao topo superior serão lavradas em esquadria, quatro faces, tendo cada huma quatro pollegadas de largura.

Estes marcos serão postos tambem diagonalmente ; e no topo se insculpirão a figura

N
L ◇ O
S

como se tem determinado para os outros, e na face que olhar para o S.E. se insculpirá a fracção 1/4, sem mais letra, e signal algum.

Art. 17. Além das iniciaes e numeros das faces, e figuras nos topos terão os marcos maiores e medios, isto he, os que denotão angulos de territorios e Secções os seguintes signaes.

I.—Nos marcos maiores, isto he, os dos angulos dos territorios, se abrirão doze talhos em cada huma de suas quatro quinas ou angulos solidos.

II.—Nos marcos medios, isto he, os dos angulos de Secções, que estiverem nos limites dos territorios se abrirão nas quinas ou angulos solidos que olharem para o N. e S. ou L. e O. tantos talhos, quantas vezes 500 braças os ditos marcos medios distarem dos extremos N. e S., ou L. e O. do territorio, conforme o limite que se estiver medindo e demarcando, fôr hum meridiano ou parallelo.

III. Dos marcos medios porém que es-

tiverem nas linhas inferiores do territorio, se marcarão as quatro quinas ou angulos solidos com tantos talhos quantas vezes 500 braças os ditos marcos distarem dos quatro limites do territorio para que olharem.

Art. 18. Junto dos marcos de madeira de que se tratou nos arts. 10 a 15 se marcarão arvores e pedras como se determinou no art. 9° regra 7ª relativo aos marcos de pedra.

Na falta de arvores em huma ou mais das quatro Secções contiguas ao marco se farão as vallas, escavações, poços e pequenos montes como se acha determinado no art. 9° regra 7ª.

Art. 19. Sendo interrompidas as linhas de medição, ou os limites dos territorios e Secções, pelo encontro de obstaculos naturaes, se collocará hum marco de madeira no ponto em que chegar a linha junto ao dito obstaculo.

Este marco terá trez palmos enterrados, e outros trez fóra da terra. Metade desta extensão será lavrada em trez faces, isto he, em prisma triangular, cuja base seja o tope, que será hum triangulo equilatero. Huma das faces conterá a linha que se estiver medindo, e na mesma face se fará hum talho horisontal com as iniciaes N. S. ou L. O., conforme a linha que se estiver correndo fôr hum meridiano ou parallelo.

Art. 20. Transposto o obstaculo, devendo a linha continuar na mesma direcção, no ponto da partida, que será o mais proximo possivel do mesmo obstaculo, se collocará hum marco de madeira igual ao antecedente, e com os mesmos signaes.

Arvores testemunhas serão marcadas com trez talhos, olhando para o marco, e nas visinhanças deste.

Por este modo se reconhecerão em qualquer tempo os pontos de interrupção da linha pelo obstaculo, e esta ficará determinada.

Art. 21. Se os obstaculos forem rios navegaveis, que dividão as Secções, segundo o art. 38 do Regulamento de 8 de Maio de 1854, nos pontos das suas margens encontradas pela linha se collocarão marcos semelhantes aos do artigo antecedente, tendo porêm quatro palmos de cumprimento dos quaes palmo e meio será solidamente encravado na terra.

As arvores testemunhas destes ultimos marcos, em lugar de trez talhos, terão quatro, e nellas se gravarão o numero das Secções, Territorios, Fileiras, que tiverem por limite commum a linha que se estiver correndo.

Em falta de arvores em huma ou mais Secções contiguas se construirão os pequenos montes testemunhas da mesma fórma e dimensões que os do art. 9° ; mas serão assentados em base triangular de que huma das faces, se prolongada fosse, encontraria o marco.

Art. 22. Na hypothese dos arts. 28 á 30 do Regulamento de 8 de Maio de 1854 impossivel he dar regras praticas para todos os casos que occorrerem ; pois são tantos e tão variaveis que só a vista de hum reconhecimento previo ; posto que muito ligeiro, se poderá determinar o que convenha fazer.

Entretanto no projecto de medição e divisão, que o Inspector Geral he obrigado á fazer, pelo art. 31 do Regulamento de 8 de Maio de 1854, deverá ter em vista formar as Secções sobre os rios navegaveis, e costas de mar, de modo que a maxima quantidade possivel de Secções tenha servidão para estes lagos, e costas. Comtudo em caso algum a frente sobre os rios, lagos, e costas poderá ser menor do que a decima parte da linha do fundo.

Em geral as linhas da frente serão tangentes as curvas, e as do fundo normaes.

Art. 23. Em consequencia da convergencia dos meridianos para os polos, os limites N. e S. dos Territorios, que no principio da medição, isto he na intersecção do meridiano e base principaes, distão entre si 6.000 braças, se aproximarão ou se apartarão, segundo se proseguir para o Sul ou Norte da mesma base ; e se alguma correcção se não fizer, os territorios e Secções se afastarão cada vez mais do quadrado de seis mil braças, affectando a forma de trapesios, cujos lados parallelos progressivamente irião deñrindo cada vez mais em grandeza.

Para obviar este inconveniente determina o Regulamento de 8 de Maio que se tracem novas bases que se chamão bases de correção ; sempre que se der a hypothese ahi considerada.

Então sobre o ultimo parallelo do territorio incluido entre os meridianos que partem da base principal, se fará nova medição das 250 braças, 500, e 6.000 braças, collocando-se, em cada hum dos extremos destas extensões, marcos como abaixo se explica.

Este parallelo, ou base de correcção será verificado por observações e calculos de latitude, e rectificado.

Art. 24. Os marcos collocados sobre as bases de correcção nos angulos dos territorios, e Secções que ahi se fechão, serão da mesma grandeza e fórma que os das respectivas classes collocados nos outros limites dos territorios, nunca porêm serão postos diagonalmente ; mas as arestas do topo, e as faces estarão na direcção do meridiano e parallelo.

Art. 25. Se o marco sobre a base de correcção pertencer a hum ou dous territorios que ahi se fechem, se marcarão as duas faces que olharem para L. e O. com o respectivo numero e iniciaes dos territorios,

fileiras, e Secções, e nas quinas ou angulos solidos se farão treze talhos. Junto delles se marcarão arvores, e pedras, e se farão os pequenos montes, poços, valles, etc., como se determinou nos arts. 9 a 18.

Art. 26. Se o marco collocado na base de correcção pertencer ao angulo de hum ou dous territorios, que principiem na mesma base de correcção, será em tudo igual ao anterior, collocado da mesma maneira e semelhantemente marcado; tendo porém quatorze talhos.

Os pequenos montes, vallas, etc., serão tambem feitos da mesma maneira: as arvores porém além dos signaes determinados terão no escudo, ou casca, e por baixo do talho horisontal as iniciaes B. C. (*Base de Correcção*).

Art. 27. Se os marcos collocados sobre a base de correcção forem de pedra serão, em tudo iguaes aos das respectivas classes collocados nos limites dos territorios, como se determinou nos arts. 9 a 19 em lugar porém de 12 talhos nas quinas ou faces, terão os que pertencerem aos territorios, que se feixão na base de correcção 13 talhos; e as que pertencerem aos territorios que ahi começão 14 talhos.

Art. 28. Nas visinhanças de quaesquer marcos de angulos de territorios, e Secções, e mesmo nos dos pontos de intercepção das linhas pelos obstaculos naturaes, se plantarão sementes de arvores, que na localidade melhor prosperarem, e principalmente as de arvores fructiferas, afim de servirem de hum indicio mais, que indique o lugar do marco, possa este ser com mais facilidade encontrado, e determinados e claros se conservem os limites dos territorios e Secções.

Art. 29. Devendo os Memoriaes fornecerem elementos para a formação dos diagramas e calculo das áreas dos territorios, secções e suas fracções; e sendo a fonte dos esclarecimentos para no terreno se distinguirem entre si em qualquer tempo, e sem novos exames, suas qualidades e propriedade, e preço da braça quadrada, segundo o art. 14 § 2.° de Lei de 18 de Setembro de 1850, preciso he que taes livros contenhão fiel e precisa descripção de todos os actos e observações que os Inspectores Geraes, seus Ajudantes e Agrimensores praticarem na conformidade do Regulamento de 30 de Janeiro e 8 de Maio de 1854.

Serão por tanto os Memoriaes escriptos nitidamente, sem breves, borrões, emendas, raspaduras, ou entrelinhas; em linguagem precisa e clara, de modo que não possa haver equivoco nas figuras, letras, algarismos, palavras ou sentido.

Art. 30. Haverá 9 especies de Memoriaes, servindo cada huma dellas para o lançamento dos actos e observações da linha, á que he destinada.

Art. 31. Os da 1ª especie serão reservados somente a medição, demarcação, e descripção do meridiano e base principaes, e das circumstancias do terreno visinho mandadas notar pelo art. 45 do Regulamento de 8 de Maio de 1854.

Nestes Memoriaes se lançará o comprimento das partes das linhas entre as trez especies de marcos de que trata o art. 14 do citado Regulamento. Não se omittirá a descripção clara e precisa da fórma e qualidade dos marcos, do nome, diametro e altura aproximada das arvores testemunhas, e dos signaes, letras, numeros, gravados nos mesmos marcos, arvores, e nas pedras visinhas. A distancia e direcção em que taes arvores, e pedras ficão em relação aos marcos devem tambem ser notadas no Memorial, bem como o nome, diametro, e altura aproximada de arvores notaveis, e pedras que se encontrarem no meridiano e base principaes, e suas distancias aos marcos mais visinhos.

Nos Memoriaes tambem se lançará a descripção da altura, diametro, junto a base, dos pequenos montes testemunhas, das materias de que são formados, das vallas, cavas, materias nestas enterradas, poços, etc., e da distancia e direcção, em que ficão em relação ao marco.

Haverá tambem nos Memoriaes; declaração dos cursos de aguas, grandes vallas naturaes, valles, outeiros e montanhas porque passarem as linhas, e da qualidade do solo, das madeiras, mineraes, etc.

Estas declarações, notas, e descripções, que principiarão pela data em que se fizerem as respectivas medições, serão relativas á 500 braças lado das Secções; serão separadas taes declarações, notas e descripções de cada 500 braças por hum forte traço de tinta.

Art. 32. As notas ou declarações das observações e calculos para verificação diaria da declinação da agulha, para conhecimento de longitude e latitude da intercepção do meridiano, base principaes, e as de todas as outras observações e calculos que se fizerem para traçar as mesmas meridiana e base principaes, largura dos rios navegaveis, lagos, etc., continuação das linhas interrompidas pelos obstaculos naturaes, avaliação da altura, sobre o nivel do mar, dos lugares mais elevados, serão lançados em Memoriaes de outra especie, que terão o nome de—*Memorial geodesico*—.

No Memorial do art. 31 em frente da descripção de cada huma das 500 braças ou lados de Secções se fará huma chamada para a pagina e lugar correspondente do *Memorial geodesico*, notando-se o numero da respectiva pagina, em que se achão as notas

relativas á tal lado, e o lugar dellas pelas as letras do alphabeto (a) (b), etc.

No *Memorial geodesico* em frente das notas dos calculos e observações relativas a cada 500 braças se escreverá o numero da pagina do outro Memorial, em que ellas se achão descriptas.

Assim os dous Memoriaes se corresponderão, e será facil conhecer os pontos de cada huma das linhas; em que se tem feito observações astronomicas, barometricas, thermometricas e medições trigonometricas.

Estes pontos devem ser designados nos diagramas pelas mesmas letras, postas na margem das respectivas notas dos Memoriaes.

Art. 33. A descripção das bases de correcção será feita em Memoriaes distinctos, e semelhantes aos das especies dos artigos 31 e 32 destas Instrucções.

Art. 34. Tambem em duas especies de Memoriaes semelhantes se fará a descripção das linhas exteriores dos Territorios.

Art. 35. A descripção das linhas interiores do Territorio será semelhantemente feita em dous Memoriaes.

Art. 36. Devendo o Inspector Geral, segundo o art. 48 do Regulamento de 8 de Maio de 1854, organisar o Memorial geral dos Territorios de modo que á cada huma de suas Secções corresponda sua descripção completa com todas as declarações exigidas pelo mesmo Regulamento, haverá mais hum Memorial geral, em que por ordem de Territorios e Secções se lançarão as diversas notas dos Memoriaes de que se tem tratado.

As que forem relativas aos *Memoriaes geodesicos* serão lançados resumidamente no Memorial geral, fazendo-se porém e a margem huma chamada para a pagina e lugar do dito *Memorial geodesico* donde forem extrahidas.

Art. 37. Os Memoriaes conterão principalmente as notas relativas aos objectos seguintes:

1.° Descripção exacta da fórma, qualidade, e posição do marco, e das testemunhas.

2.° Comprimento exacto das partes das linhas interceptadas pelos diversos marcos, arvores, pedras e grandes vallas naturaes, fazendo-se mensão do ponto de partida, e o modo de medição, se com a cadeia, regoas, ou basimetro, se com a agulha, ou se com qualquer outro instrumento.

3.° O nome, diametro junto a raiz, e altura aproximada de todas as arvores testemunhas, e das que se acharem sobre as linhas, declarando-se a direcção e distancia em relação ao marco mais proximo.

4.° A natureza dos materiaes de que se compoem os pequenos montes: a circumstancia de estarem nas condições determinadas por estas Instrucções.

A direcção e distancia em que o centro de sua base, e os dos poços ficão em relação ao marco.

A qualidade dos objectos enterrados nos angulos das vallas, e a das sementes de arvores plantadas.

5.° As distancias dos pontos de intercepção, tanto á entrada como á sahida, das diversas linhas com posses, bemfeitorias, obstaculos naturaes, rios, lagos, e outras massas consideraveis de agua, pantanos, bosques, terrenos aridos, mencionando a direcção de suas margens ou contornos nas visinhanças dos pontos de intercepção; bem como a distancia em que se começar a subir, chegar ao alto, principiar e acabar de descer qualquer outeiro ou serra, mencionando sua direcção, fórma e altura calculada em palmos sobre o nivel do mar, e sobre o terrenos visinhos.

6.° Todos os rios, bahias, e outras aguas permanentes ou que parecerem taes, que as linhas atravessarem, a distancia entre os pontos de intercepção das mesmas linhas com as margens destes rios, etc., a largura delles no ponto de entrada das linhas, profundidade e correnteza das aguas nesse ponto.

7.° A superficie do solo, se plana, ondulada ou montanhosa.

8.° O terreno—se da 1ª, 2ª, ou 3ª formação; para que cultura ou industria se presta; e qual o preço da braça quadrada na fórma do art. 14 da Lei de 18 de Setembro de 1850, e do art. 45 do Regulamento de 30 de Janeiro de 1854.

9.° Madeiras—as differentes qualidades, se em abundancia, e quaes predominão, ou a qualidade da vegetação.

10. Terras baixas—se seccas, e estereis, ou humidas e pantanosas; e, sendo sujeitas a inundação, até que altura, porque tempo ficão alagadas.

11. Fontes e nascentes—se puras, salinas ou mineraes, e o curso que tomão suas aguas.

12. Lagos—sua extensão e profundidade, natureza e elevação de suas margens, e das aguas, se puras ou estagnadas.

13. Melhoramentos materiaes,—povoações, aldêas, e casas, campos artificiaes e outras bemfeitorias: indicação para estabecimento de povoações, aldêas de Indios, fortificações, arsenaes, e servidões publicas.

14. Jasidas de carvão, de metaes e outros quaesquer mineraes, descrevendo sua qualidade, extensão, e as escavações, que se tenhão feito para conhecel-o, as fontes e terrenos salinos.

Todas as informações fidedignas que se

poderem obter sobre estes objectos, quer fiquem nas linhas de medição, quer não, farão parte das notas dos Memoriaes.

15. Estradas e caminhos, suas direcções, lugares donde partem, e para onde se dirigem. As estradas e caminhos que se devem fazer.

16. Corredeiras e quaesquer quedas de agua, e sua altura expressa em palmos.

17. Curiosidades naturaes—fosseis interessantes, petrificações, restos organicos—, obras antigas, como monumentos, fortificações, povoações, represas, diques, etc.

18. A declinação da agulha observada diariamente ; e nos pontos em que ella variar.

19. Conferencia dos Agrimensores nos pontos recommendados pelo art. 26 do Regulamento de 8 de Maio de 1854.

20. Os terrenos que devem ser reservados para a Marinha, na conformidade do art. 12 da Lei de 18 de Setembro de 1850.

21. As notas de cada extensão de 500 braças, ou lados de Secções serão escriptas na localidade dellas, nada deixando-se para ser conservado sómente de memoria.

Os Agrimensores no fim de cada 3.000 braças de cada huma das linhas, e o Inspector e seus Ajudantes no fim de 6.000 braças daquellas que o Regulamento de 8 de Maio lhes incumbe medir, farão a descripção de qualquer objecto relativo ao Territorio, ou quarto do territorio que julgarem util, e fixarão estas informações ou descripções com a exposição geral do Paiz, seu sólo, condições geologicas, madeiras, mineraes, aguas, etc.

Nos *Memoriaes geodesicos* se notarão todas as medidas angulares e lineraes, que servirem de dados aos calculos, e os resultados destes. Nunca se omittirá a declaração do processo para o conhecimento das latitudes, longitude dos lugares recommendados no Regulamento de 8 de Maio, e nestas instrucções, do traço do meridiano, e base principaes e bases de correcção, a do que se tiver seguido para a verificação da declinação da agulha e de todos os outros para ter a differença de niveis; da continuação das linhas quando interrompidas, da medição da largura dos rios, lagos, etc.

Palacio do Rio de Janeiro em 19 de Dezembro de 1855.—*Luiz Pedreira de Couto Ferraz.*

DECRETO n. 3.198—DE 16 DE DEZEMBRO DE 1863.

Approva as instrucções para nomeação de Agrimensores.

Hei por bem approvar as instrucções para nomeação de Agrimensores de terras publicas, que com este baixão, assignadas por Pedro de Alcantara Bellegarde, do meu Conselho, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, que assim o tenha entendido e faça executar.

Palacio do Rio de Janeiro, aos 16 dias do mez de Dezembro de 1863, quadragesimo segundo da Independencia e do Imperio. Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador.— *Pedro de Alcantara Bellegarde.*

Instrucções para nomeação de Agrimensores.

Art. 1.° Sómente poderão ser empregados, como Agrimensores, nas medições de terras publicas e particulares, feitas por ordem ou com participação do Governo:

1.° Os Engenheiros Geographos com carta passada pelas Escolas nacionaes;

2.° Os habilitados com carta de curso completo da Academia ou Escola de Marinha da Côrte.

3.° Os Pilotos de carta pela mesma Escola ou Academia, ou por ellas reconhecida ;

4.° Os Agrimensores habiltados com titulo na fórma destas instrucções ;

5.° Os que, como taes, tiverem sido empregados pelo Governo até esta data.

Art. 2.° Os comprehendidos em os ns. 1, 2, 3 e 5 do artigo antecedente, para poderem exercer as funcções, são obrigados a apresentar os documentos comprobatorios de sua habilitação, para serem registrados no Ministerio das Obras Publicas ou nas Provincias, nas Secretarias das Presidencias, pelos quaes lhes será entregue a declaração respectiva.

Art. 3.° Os conhecimentos especiaes exigidos para se obter carta de Agrimensor na fórma do § 4 do art. 1.°, são os seguintes(1) :

---

(1) O Av. n. 555—de 24 de Dezembro de 1863 con- em o programma dos exames dos Agrimensores approvado pelo Ministerio da Agricultura nos seguintes termos :

«1.° *Mathematicas elementares.*—Arithmetica, algebra até equações do 2.° gráo, logarithmos, geometria plana e trigonometria rectilinea.

«2.° *Metrologia.*—Systema nacional antigo, metrico e inglez ; e calculo dos complexos.

«3.° *Topographia.*—Descripção dos seguintes instrumentos : bussola, plancheta, esquadro de Agrimensor, pantometro e nivel de agua e de bolha d'ar, sextante e theodolito.

«4.° *Noções de Astronomia.*—Descripção da esphera celeste, e de seus circulos ; longitudes e latitudes terrestres : rotação diurna e movimento annual da terra;

1.° Mathematicas elementares, metrologia, topographia, noções de astronomia e desenho linear.

2.° Pratica do uso dos instrumentos e trabalhos de campo.

Um programma especial designará circumstanciadamente as doutrinas dos paragraphos antecedentes.

Art. 4.° Quando houver concurrentes á solicitação do titulo de Agrimensor, serão examinados por huma commissão de trez membros habilitados, conforme os §§ 1, 2, 3 e 4 do art., e presidida pelo mais graduado.

Esta Commissão será nomeada na Côrte pelo Governo e nas Provincias pelos respectivos Presidentes.

Art. 5.° Examinados individualmente todos os postulantes, tanto na parte theorica, como na pratica, a commissão examinadora organisará hum quadro de todos os pontos do programma com as qualificações de habilitação em cada hum pelos numeros de 0 a 3. Este quadro com todos os documentos e trabalhos escriptos, ou graphicos dos concurrentes, será presente directamente ao Ministro da Agricultura, Commercio e Obras Publicas na Côrte, e nas Provincias por intermedio dos Presidentes.

Art. 6.° Os concurrentes, que tiverem approvação pelas escolas superiores nacionaes em qualquer das doutrinas do programma podem ser dispensados dos respectivos exames, lançando-se a nota numerica a vista dos documentos, que exhibirem, e procedendo-se ao exame sómente nas doutrinas, que faltarem para completar o programma, de que trata o art. 3.°.

Art. 7.° Se das informações e provas resultar habilitação serão expedidos pela Secretaria de Estado dos Negocios da Agricultura, Commercio e Obras Publicas os titulos aos concurrentes, devendo estes antes apresentar folha corrida.

Art. 8.° Os titulos de Engenheiro geographo, Piloto ou Agrimensor passados em paizes estrangeiros, só poderão ter valor depois de hum exame geral, pelo qual se verifique a identidade e capacidade do titulado.

Art. 9.° Seis mezes depois da publicação destas instrucções nas capitaes das Provincias, fica inhibido o exercicio de Agrimensor, no fórma do art. 1.°, aquelles que não tiverem regularisado seus titulos, ou provado suas habilitações de conformidade com as presentes instrucções.

Palacio do Rio de Janeiro em 16 de Dezembro de 1863. — *Pedro de Alcantara Bellegarde.*

---

sua figura e dimensões; medida do tempo verdadeiro, médio e sideral.

«5.° *Desenho linear.*—Descripção e uso dos instrumentos empregados no desenho linear; construcção de escalas; côres convencionaes; e cópia de desenhos topographicos.

«6.° *Pratica do uso dos instrumentos e trabalhos de campo.*—Rectificação dos instrumentos mencionados; levantamento da planta de um terreno por intercepções, triangulações, ou a caminhamento; nivelamento de uma extensão qualquer; construcção destes trabalhos e memorial dos mesmos; determinação da declinação da agulha e da latitude.»

AVISO n. 340—DE 26 DE SETEMBRO DE 1857.

Manda executar o Regulamento provisorio, contendo as bases dos contractos de Colonisação, para execução do art. 27 do contracto annexo ao annexo ao Decreto de 28 de Março do corrente anno (1).

Sua Magestade o Imperador ha por bem ordenar que provisoriamente se observe o seguinte Regulamento, contendo as bases dos contractos de Colonisação, submettidas á approvação do Governo Imperial pela Associação Central de Colonisação nesta Côrte, em conformidade e para execução do art. 29 do contracto de 26 de Março do corrente anno, approvado por Decreto de 28 do mesmo mez (*sob n.* 1.915).

Palacio do Rio de Janeiro em 26 de Setembro de 1857.—*Marquez de Olinda.*

CAPITULO I.

Compromissos da Associação Central de Colonisação.

Art. 1.° A Associação Central de Colonisação compromette-se ao seguinte:

§ 1.° A adiantar aos Fazendeiros e Lavradores de conceito, mediante as precisas seguranças e juro de 6 por cento ao anno, na fórma do art. 7° do contracto celebrado com o Governo Imperial em 26 de Março de de 1857, as quantias necessarias para o transporte dos Colonos, desde o lugar de sua residencia até o porto de desembarque, em qualquer parte do Imperio que fôr designado.

§ 2.° A fazer tambem adiantamentos, com o juro corrente na praça do Rio de Janeiro, para a importação de Colonos encommendados por quaesquer outras pessoas e Companhias não referidas no citado art. 7°, observando-se neste caso o que fôr préviamente convencionado.

§ 3.° A garantir aos Colonos assim importados os trez quintos da subvenção concedida pelo Governo no art. 8° § 1.° do dito

---

(1) Vide Ord. deste liv. t. 45 pr., e nota (1) á pag. 831.

contracto, sendo 18$000 por adulto de 10 a 45 annos, e 12$000 por menor entre 5 e 10 annos.

Esta subvenção he considerada como auxilio para os gastos de transporte e estabelecimento dos Colonos, a fim de ser deduzida das respectivas despezas, fazendo-se o competente abatimento na divida contrahida.

§ 4.° A satisfazer igualmente as encommendas para engajamento e importação de Colonos, que lhe fizerem os Emprezarios ou Companhias de colonisação, já subvencionados ou favorecidos pelo Governo Imperial com auxilios pecuniarios, precedendo neste caso ajustes especiaes; tendo-se em vista a maior ou menor necessidade que os ditos Colonos tiverem de coadjuvação, e servindo de base a importancia daquella subvenção, que será no todo ou em parte garantida pelas emprezas mencionadas.

§ 5.° A prevenir com a precisa antecedencia ácerca do nome do navio que transportar os Colonos encommendados, da época de sua partida e tempo provavel de sua chegada ao porto convencionado.

§ 6.° A receber nas suas hospedarias e depositos os Colonos, que não seguirem immediatamente para os seus destinos, fornecendo-lhes alojamento, sustento e o mais que lhes fôr indispensavel, por conta das pessoas ou Emprezarios que os tiverem encommendado.

Nos portos de desembarque, em que não existirem ainda taes estabelecimentos, providenciará a Associação para que os ditos Colonos não fiquem privados de abrigo e subsistencia, debitando as despezas respectivas a quem competir.

§ 7.° A fornecer quanto seja possivel, e por contractos especiaes, os interpretes de que carecerem aquelles particulares ou Companhias, que tiverem de receber hum numero mais avultado de Colonos.

§ 8.° A promover e facilitar os engajamentos dos Colonos que importar por sua conta (mediante as competentes indemnisações) ou dos emigrantes e outros individuos que procurarem suas hospedarias, depositos e protecção, distribuindo-os no Paiz por quem lhes proporcionar meios de estabelecimento, de trabalho ou de qualquer serviço.

Terão preferencia nessa distribuição aquelles que fizerem suas encommendas com antecedencia, declarando que se sujeitão ás disposições regulamentares respectivas e ás clausulas geraes dos contractos adoptados pela Associação e approvados pelo Governo.

Art. 2.° A Associação franqueará a todas as pessoas, Empresas e Companhias, que recorrerem á sua intervenção, os auxilios e favores applicaveis ao transporte, recebimento e estabelecimento de Colonos e emigrantes no paiz, de conformidade com os seus estatutos e contracto celebrado com o Governo Geral.

Art. 3.° Providenciará sobre tudo que possa concorrer para o bom exito dos engajamentos e execução dos respectivos contractos, solicitando dos poderes do Estado as medidas que parecerem necessarias.

CAPITULO II.

Bases geraes que devem ser tomadas em consideração para a apresentação das propostas ou encommendas de Colonos.

Art. 4.° As pessoas, Empresarios e Companhias que pretenderem engajar e contractar Colonos por intermedio da Associação Central, deverão declarar em suas propostas o seguinte:

§ 1.° O numero de familias e Colonos que se propoem a contractar, a sua nacionalidade, profissões e aptidão aos trabalhos para que fôrem destinados, a localidade em que tiverem de ser estabelecidos ou empregados, a natureza dos contractos mediante os quaes devão ser engajados, o porto do desembarque e época da chegada.

§ 2.° Que as terras que possuem e destinão para o estabelecimento ou trabalho de Colonos agricolas como proprietarios ou foreiros perpetuos, ou pelo systema de parceria, se achão livres de questões ou pendencias judiciaes, onus ou obrigações.

§ 3.° Que as mesmas terras estão situadas em localidade salubre, de facil communicação para os povoados, portos e mercados, e de fertilidade regular em relação á cultura que lhes he mais apropriada.

§ 4.° Que tem construido cazas ou alojamentos provisorios com capacidade e separações necessarias para recolherem ou accommodarem as familias e Colonos agricolas que encommendarem; ou que será satisfeita esta condição dentro de certo prazo, e provada por documento.

§ 5.° Que os lotes ou prazos que tencionão vender ou aforar aos Colonos se achão medidos ou demarcados, em parte derrubados e mesmo cultivados, ou pelo menos que taes trabalhos preparatorios estarão promptos antes da chegada dos mesmos, o que farão constar por attestados ou documentos valiosos.

§ 6.° Que esses lotes ou prazos contém huma área sufficiente, não menor de cem mil braças quadradas para cada familia, devendo o respectivo preço ou fôro ser indicado nas propostas conforme a estimação geral e mais razoavel.

Esta disposição não obsta a que taes

lotes possão ser subdivididos, se os Colonos os desejarem menores.

§ 7.º Qual o genero de cultura adoptado na fasenda ou Colonia destinada ao estabelecimento de Colonos engajados por contractos de parceria ou de salario; especificando no 1.º caso qual a porção de terreno, plantas ou arvores, que huma familia possa cultivar, beneficiar e colher; e no 2.º caso, qual o jornal mais favoravel que poderão arbitrar, inclusive o alojamento, sustento e mais supprimentos do costume.

§ 8.º Quaes os salarios que offerecem aos Colonos que quizerem engajar para outras occupações, serviços ou misteres nas cidades, povoações, emprezas de estradas e mais obras, tendo attenção aos trabalhos, officios e profissões convenientes, com alojamento e sustento, ou sem elles, á escolha dos mesmos Colonos.

Art. 5.º Os proponentes deverão tambem declarar de que modo deverão satisfazer as condições do respectivo contracto, relativamente aos transportes dos Colonos para o lugar de seu estabelecimento ou emprego, aos fornecimentos gratuitos ou por adiantamento, que tem de fazer nos primeiros tempos, e aos soccorros de Medico e botica de que os mesmos carecerem, com especificação dos meios de conducção mais baratos, dos generos alimentares mais usados, e dos respectivos preços, além de outras circumstancias, que julguem dever mencionar, para serem tomadas na devida consideração.

Art. 6.º Finalmente sujeitar-se-hão ás regras ou bases dos contractos adoptados pelas Associação Central, e approvadas pelo Governo Imperial, e com especialidade ás clausulas que passão a ser mencionadas no capitulo seguinte.

CAPITULO III.

Clausulas a que se obrigão os engajadores de Colonos para com a Associação Central de Colonisação.

Art. 7.º Os proponentes engajadores, nos contractos que celebrarem com a Associação Central, tendo por fim a encommenda, ou engajamento de Colonos, devem obrigar-se:

§ 1.º A garantir os avanços que a Associação fizer para as despezas de viagem dos Colonos, quando carecerem deste auxilio; prestando para o dito fim as convenientes cautelas, como fica dito no Capitulo 1.º

§ 2.º A embolsa-la, no prazo de 1 a 4 annos, e mediante prestações iguaes (se por outra fórma não fôr convencionado), dos referidos adiantamentos e seus juros, na razão de 6 por °/° nos casos do art. 7.º do Contracto geral de 26 de Março já referido, ou o que fôr ajustado, dadas as outras circumstancias acima declaradas.

§ 3.º A pagar as despezas que os ditos Colonos, fizerem nas hospedarias e depositos da Associação, ou nos portos e lugares de desembarque em que não existirem ainda taes estabelecimentos.

§ 4.º A pagar igualmente a commissão de engajamento que fôr estipulada nos contractos, em vista das clausulas das respectivas propostas.

§ 5.º A aceitar os Colonos que tiverem encommendado, e que forem effectivamente engajados e transportados por sua conta; a recebe-los no lugar designado, e faze-los conduzir immediatamente; com suas bagagens, para os seus destinos, pelos preços mais favoraveis (não o podendo ser gratuitamente), e a fazer-lhes os necessarios fornecimentos e adiantamentos, conforme fôr estipulado nos contractos com os mesmos Colonos.

§ 6.º A reconhecer na Associação Central o direito de velar sobre a sorte dos Colonos contractados por seu intermedio, e de inteirar-se da maneira por que os contractos são observados por huma e outra parte, a fim de providenciar como melhor convier, entendendo-se para isso com os engajadores.

§ 7.º A participar á mesma Associação qualquer occurrencia extraordinaria, que se der na Colonia, e a declarar seis mezes antes de findar o prazo dos engajamentos dos Colonos o que julgarem conveniente a bem da sorte futura destes, a fim de que continue ella a intervir com os seus bons officios em favor daquelles que se tiverem conduzido bem, e carecerem ainda de sua protecção.

Art. 8.º Os preços das passagens dos Colonos, desde o lugar de sua residencia nos paizes d'onde sahirem até o ponto de desembarque no Imperio (aos quaes ficarão os proponentes), serão de 80$000 a 130$000 por adulto, e de 60$000 a 110$000 por menor de dez annos: as crianças de trez annos para baixo terão passagens livres.

As indicadas differenças de preço dependerão dos paizes da procedencia dos Colonos, da maior ou menor difficuldade de engajamentos, dos transportes por terra até o porto do embarque, e finalmente dos ajustes que se fizerem com as linhas de navegação, expedidoras de Colonos e outras circumstancias.

Nos referidos preços de passagem serão incluidas todas as despezas feitas na Europa que não forem especificadas nos contractos, e bem assim os seguros de vida dos Colonos, conforme se puder obter das respectivas Companhias.

CAPITULO IV.

Condições geraes e communs aos diversos contractos entre os Colonos e os engajadores.

Art. 9.º As pessoas ou Companhias, nos contractos que celebrarem com os Colonos que vierem engajados por sua conta, ou que forem contractados depois importados pela Associação, obrigão-se ao seguinte :

§ 1.º A adiantar por si, ou por intermedio da Associação Central, a importancia de que carecerem os Colonos para o seu transporte, desde o lugar de sua residencia até o porto de desembarque.

§ 2.º A fazer por preço fixado e o mais favoravel possivel os adiantamentos das despezas do transporte e sustento (quando não seja gratuitamente) desde o porto de desembarque até o lugar do estabelecimento, sendo calculado o dito preço em relação á cada pessoa ou a cada volume e pezo da respectiva bagagem.

§ 3.º A não exigir dos Colonos retribuição alguma pelo alojamento provisorio, até que tenhão construido, ou que recebão as suas moradas definitivas.

§ 4.º A fazer com especificação de preço, qualidade, quantidade e semanalmente os fornecimentos dos viveres necessarios nos primeiros tempos do estabelecimento dos Colonos, que carecerem desse auxilio, sendo isso estipulado nos regulamentos da Colonia, quando não o seja nos proprios contractos.

§ 5.º A não perceber pelos adiantamentos feitos juro maior do que o de 6 °/₀ por falta dos pagamentos nas épocas marcadas.

§ 6.º A observar as condições que forem estipuladas nos contractos, de conformidade com as clausulas do capitulo 2.º, indicadas como bases para as respectivas propostas.

7.º A concorrer para o bem estar dos Colonos, prestando-lhes toda a protecção e bons officios, que estiverem ao seu alcance.

Art. 10. Os Colonos pela sua parte obrigão-se :

§ 1.º A se apresentarem com seus passaportes e attestados em devida fórma, no porto e dia designados para o embarque, a bordo do navio que os tiver de transportar.

§ 2.º A ficar, logo que chegarem ao porto do desembarque declarado nos contractos, á disposição dos engajadores ou contractadores, afim de serem sem demora conduzidos ao lugar de seu destino ou estabelecimento, ficando desde logo responsaveis pelo importe dos adiantamentos de suas passagens na razão do preço marcado por pessoa adulta, ou por menor entre trez e dez annos.

§ 3.º A garantir as suas dividas pela maneira estipulada nos seus contractos.

§ 4.º A conduzirem-se bem e pacificamente, sujeitando-se á todas as condições a que se obrigarem, e observando as disposições dos regulamentos geraes da Associação Central, e dos especiaes das Colonias em que se estabelecerem.

Art. 11. Todas as questões e duvidas, que se suscitarem entre os Colonos e as pessoas ou Companhias que os contractarem, serão decididas por Arbitros perante a autoridade competente, com os recursos declarados no art. 29 § 1.º do Contracto de 26 de Março já citado.

Art. 12. Será fornecida ao Colono, chefe de familia, ou qualquer outro que fôr contractado sem ella, huma caderneta em que serão lançadas com clareza, e por extenso, todas as verbas de debito e credito, observando-se a este respeito o que se acha disposto nos §§ 4.º e 5.º do referido art. 29.

CAPITULO V.

Condições especiaes aos contractos de venda e aforamento de terras.

Art. 13. Nestes contractos, o Fazendeiro, Proprietario, Companhias, etc., ficão sujeitos :

§ 1.º A entregar medido e demarcado ao Colono e sua familia o lote ou prazo de terras, vendido ou aforado, logo que elles cheguem ao lugar de seu estabelecimento.

§ 2.º A dar o espaço de cinco annos para o pagamento não só das despezas de viagem feitas por adiantamento, como da importancia dos outros supprimentos, de que acima se fez menção, sendo hum tal reembolso realizado em quatro prestações iguaes a começar do fim do 2.º anno.

§ 3.º A garantir por si e por seus herdeiros ou successores aos mesmos Colonos a posse mansa e pacifica das ditas terras, nas quaes serão estes inteiramente livres e independentes.

§ 4.º A vender ou aforar ao Colono que desejar possuir maior extensão de terreno para si, para seus parentes ou amigos, mais hum lote ou prazo contiguo, ou proximo áquelle em que se tiver estabelecido, sendo-lhe garantida essa preferencia com hum abatimento de 10 °/₀ no preço corrente do

lugar ao tempo do novo contracto, comtanto que a importancia da segunda venda ou aforamento não seja inferior ao preço do primeiro lote ou ao fôro do prazo primitivo.

Art. 14. Os Colonos assim contractados obrigão-se :

§ 1.º No caso de venda, a pagar o preço estipulado no contracto por braça quadrada, dentro de cinco annos e em quatro prestações, na fórma acima declarada, e na falta de pagamento o juro de 6 %.

§ 2.º No caso de aforamento, a pagar o fôro annual, tambem estipulado no contracto (o qual será sempre o mais modico possivel), e o laudemio de 2 1/2 % na transferencia do respectivo prazo com licença por escripto do Senhorio directo, se não quizer este recebe-lo tanto por tanto ; ficando de mais sujeitos os mesmos Colonos ao commisso, se faltarem á essas condições, segundo os principios que regem taes contractos.

§ 3.º A garantir a divida total contrahida, tanto em hum como em outro caso, com a hypotheca das terras recebidas e bemfeitorias, que nellas tiverem feito, não podendo transferi-las, por qualquer titulo em quanto não estiverem exoneradas daquelle onus pelo real embolso da mesma divida, salvo se nisso consentir o Proprietario, mediante prévio accordo.

Art. 15. Findo o prazo dos cinco annos do contracto, far-se-ha conta de tudo quanto estiverem a dever os Colonos, a fim de se estipular hum novo prazo para pagamento do restante, com a mesma garantia e mesmo juro de 6 %, e mais condições que forem então convencionadas.

CAPITULO VI.

Condições especiaes dos contractos de parceria.

Art. 16. Os Fazendeiros engajadores obrigão-se :

§ 1. A entregar ao Colono e sua familia huma extensão de terreno e plantas em circumstancias de dar productos no primeiro anno da chegada, e em quantidade sufficiente para que possão cultivar, colher e beneficiar.

§ 2. A facultar-lhes tambem o plantar em outro lugar apropriado os generos alimentares, a fim de proverem a sua subsistencia, permittindo-lhes outrosim a criação de animaes domesticos, que não causem damno á lavoura da Fazenda.

§ 3. A providenciar de modo que os productos obtidos sejão convenientemente beneficiados, transportados para o mercado, e vendidos pelo melhor preço.

§ 4. A lhes deixar inteira liberdade quanto ao melhor emprego e proveito do seu trabalho e intelligencia; e a não desviar Colono algum para serviço alheio ao da parceria, salvo com o consentimento do chefe da familia.

§ 5. A conserva-los nas terras da Colonia, e caza em que se installarem, por todo o tempo do contracto, que durará quatro annos.

Art. 17. O Colono e sua familia obrigão-se de sua propria determinação :

§ 1. A viver mansa e pacificamente, não prejudicando os direitos do proprietario e dos seus visinhos, nem os interesses dos demais Colonos.

§ 2. A cultivar com zelo e assiduidade as plantações que lhes forem confiadas, renova-las, substitui-las quando fôr necessario, colher os productos e deposita-los no lugar designado, bem como a não se occupar de outra industria que não seja a da Colonia, salvo se puder ligar-se á lavoura principal e com sciencia do proprietario.

§ 3. A sujeitar-se ás prescripções deste quanto á direcção geral dos trabalhos da mesma Colonia, e á policia do estabelecimento.

§ 4. A pagar pela sua quota de productos os jornaes a trabalhadores livres, que forem pelo proprietario encarregados dos serviços, que elles Colonos deixarem de fazer por vontade propria ou indolencia ; o que será verificado e reduzido a termo assignado por testemunhas, perante o Conselho Colonial, pela fórma marcada no regulamento especial da Colonia.

Art. 18. São considerados adiantamentos, sujeitos a reembolso as despezas de viagem, os alimentos fornecidos e quaesquer outros supprimentos não mencionados como gratuitos.

Art. 19. Se no fim do tempo do contracto não estiver paga toda a divida contrahida, começará o restante della a vencer o juro de 6 % ao anno, considerando-se para isso prorogado o mesmo contracto até real embolso, salvo se houver convenção em contrario.

Art. 20. Em todo o tempo, porem, que seja satisfeita a divida, antes de findo o prazo estipulado, poderão os colonos retitirar-se da Colonia, huma vez que previnão seis mezes antes ao Fazendeiro ou proprietario, ou que se fação substituir por outra familia a aprasimento deste.

Art. 21. Se dentro de quatro annos do contracto o Colono ou qualquer membro da familia faltar, ou se impossibilitar para

o trabalho, continuarão os demais membros della a permanecer na Colonia até completar-se aquelle prazo, ficando cada hum delles, excepto os menores, responsaveis individualmente pela quota que lhe fôr concernente do restante da divida da mesma familia.

Art. 22. Do producto tótal da colheita de cada anno, e das sobras dos generos alimenticios, produzidos pelos Colonos, e que não forem por elles consumidos, pertencerá metade ao fazendeiro e a outra metade aos ditos Colonos.

A metade pertencente a estes será entregue áquelle para ser beneficiada, transportada para o mercado, e vendida juntamente com a outra metade, pertencente ao mesmo Fazendeiro, a fim de lhes ser creditada pelos preços constantes da conta corrente do negociante, com a competente deducção dos gastos do preparo, transporte e commissão de venda.

Art. 23. Verificado assim o rendimento liquido, correspondente á meação dos Colonos, será deduzida a importancia das prestações annuaes para pagamento das passagens e adiantamentos acima referidos, sendo taes prestações reguladas entre maximo e minimo, em attenção á bôa ou má colheita do anno respectivo.

Art. 24. Não obstante o disposto nos dous artigos precedentes, será facultado aos Colonos pagarem as ditas prestações annuaes com os proprios productos, logo depois de colhidos, até a importancia das mesmas, bem como venderem o restante delles ao Fazendeiro, ou a quem lhes offereça mais vantagem; e isto no caso em que prefirão assim dispor daquelles productos antes de beneficiados, e pelos preços correntes no lugar.

Art. 25. Os Colonos poderão concorrer em commum com huma diminuta retribuição mensal para as despezas de Medico, Enfermeiro e medicamentos de que carecerem em suas molestias.

Fica entendido que huma tal contribuição será calculada sobre a metade das ditas despezas, pois que a outra metade pertence ao Fazendeiro pagar.

Art. 26. As infracções das disposições dos contractos e dos Regulamentos especiaes de cada Colonia, darão lugar á imposição de multas convencionaes de 10$000 no minimo e de 100$000 no maximo, as quaes serão applicadas pelo Juizo arbitral, segundo fôr disposto nos ditos Regulamentos.

Art. 27. As offensas physicas feitas pelos Fazendeiros contra o Colono e membros de sua familia, bem como as injurias praticadas contra a honra dos mesmos, darão lugar á rescisão dos respectivos contractos, com perda de qualquer quantia que estes estiverem a dever, de conformidade com o disposto no art. 10 da Lei de locação de serviços de 11 de Outubro de 1837; além das penas em que incorrerem pelas demais Leis em vigor.

Art. 28. Os Colonos que praticarem ou procederem da mesma sorte contra o fazendeiro ou pessoas de sua familia, além de incorrerem nas ditas penas em vigor, darão tambem justa causa á rescisão de seus contractos, e a serem despedidos da Fazenda, ficando sujeitos a pagar em dobro o que estiverem devendo, e nos termos do art. 8 da citada Lei de 11 de Outubro.

Art. 29. O abandono voluntario, e a ausencia da Colonia sem justa causa sujeitão os mesmos Colonos a pagarem pelo seu trabalho o resto da divida e pela fórma determinada no art. 9 da mesma Lei, salvo se os demais membros da familia se offerecerem a fazer o pagamento devido.

Art. 30. No fim do tempo do contracto, ou antes disso, os Colonos que estiverem quites com o proprietario, e se houverem comportado bem, terão direito a comprar ou aforar hum lote ou prazo de terras, conforme as bazes indicadas no capitulo antecedente, com as modificações que forem então convencionadas.

Art. 31. Se os mesmos Colonos desejarem mandar vir os seus parentes para sua companhia, ou para se estabelecerem nas mesmas terras ou fazendas sob condições semelhantes, ou outras previamente ajustadas, poderão entender-se com os respectivos proprietarios, afim de lhes facilitarem os meios necessarios de transporte.

CAPITULO VII.

Condições especiaes aos contractos de salarios de lavoura e outros serviços.

Art. 32. Os proprietarios, Fazendeiros e quaesquer locatarios de serviços obrigão-se:

§ 1.º A pagar aos Colonos durante o tempo de seus contractos, que não excederá a trez annos, o salario mensal nunca menor de 10$000 no primeiro anno, de 11$000 no segundo, e de 13$000 no terceiro; sujeito as deducções estipuladas nos mesmos contractos para o embolso das passagens e adiantamentos que pagarem, ou pelos quaes se obrigarem para com a Associação Central.

§ 2.º A fornecer ás mulheres dos Colonos casados o sustento de que ellas carecerem por preço razoavel conforme fôr ajustado, o qual será pago com o seu trabalho ou em dinheiro, ou pelos maridos, segundo se convencionar.

Se além das mulheres trouxerem tambem filhos, serão o sustento e serviços arbitrados nos contractos segundo suas idades e aptidão.

§ 3.° A transportar os Colonos gratuitamente do porto do desembarque até ás fazendas ou lugares em que tiverem de ser empregados.

§ 4.° A fornecer tambem gratuitamente durante todo o tempo do contracto os instrumentos de lavoura, ferramentas e utensilios de trabalho, casa, comida, tratamento de molestia e a roupa indispensavel.

O tempo de molestia será pago pelo Colono em igual tempo de serviço, depois de findo o contracto, para indemnisação do que deixou de prestar durante a enfermidade, se assim o exigir o engajador locatario.

§ 5.° Qualquer outro fornecimento, como seja dinheiro para portes de cartas, fumo ou tabaco, etc., dependerá de accordo entre as partes.

Art. 33. Os Colonos obrigão-se :

§ 1.° A trababalhar com zelo, assiduidade e boa vontade debaixo da direcção e instrucções dos Fazendeiros e outros engajadores, ou de quem suas vezes fizer.

§ 2.° A ceder do trabalho estipulado nos contractos as quotas ahi designadas para amortisação da divida de passagens e adiantamentos que tiverem contrahido.

Este desconto será em relação ao tempo de seus engajamentos, e feito mensalmente.

§ 3.° A pagar na razão de 500 a 800 réis diarios (ou o que se estipular nos respectivos contractos) as folhas do serviço nos dias uteis que deixarem de trabalhar por vontade propria.

Art. 34. Nos contractos celebrados com Colonos, officiaes mecanicos, ou engajados para outros trabalhos, que não sejão em fazendas de lavoura, admittir-se-hão quaesquer outras condições que estejão em estylo, ou pareção razoaveis, entrando nesse numero as relativas á importancia dos salarios, com obrigação de sustento e outros supprimentos, ou sem ella, e bem assim as obras ou serviços de empreitada.

Art. 35. Em tudo o mais que não fôr expressamente estipulado nos contractos entre as partes, observar-se-ha o que se acha disposto na Lei de locação de serviços de 11 de Outubro de 1837, e em quaesquer outras em vigor, concernentes á rescisão dos mesmos contractos, ou á effectividade das obrigações contrahidas.

Art. 36. Os Colonos lavradores, que se comportarem bem durante o prazo de seus engajamentos, terão direito a comprar ou aforar terras aos Proprietarios e Fazendeiros com quem se tiverem contractado, ou a serem por estes admittidos de parceria, em conformidade das bases concernentes aos respectivos contractos com as modificações que fôrem então convencionadas.

Art. 37. Se os mesmos Colonos, antes ou depois de findos os seus engajamentos, desejarem mandar vir os seus parentes para sua companhia, ou para se estabelecerem sob condições semelhantes ás suas, ou outras previamente ajustadas, poderão entender-se com os proprietarios, afim de lhes facilitarem os meios necessarios de transporte.

CAPITULO VIII.

Disposições finaes.

Art. 38. As propostas para engajamentos de Colonos poderão conter outras declarações, além das mencionadas no cap. 2°, e a bem dos mesmos serão ministrados todos os esclarecimentos que fôrem pedidos, quer sobre a natureza dos contractos e suas clausulas, quer sobre a nacionalidade e qualidade dos Colonos, conforme o destino que se lhes quizer dar, quer sobre outras circumstancias que pareção attendiveis e careção de explicação.

Art. 39. Se as propostas contiverem condições que modifiquem as bases ou regras geraes dos contractos mencionados nos Capitulos antecedentes, serão taes modificações admittidas, sempre que tenderem a facilitar os engajamentos, alliviar as dividas e melhor garantir a sorte dos Colonos.

Art. 40. Quando porém tiverem ellas de alterar as referidas bases em alguns de seus pontos essenciaes, ou as disposições das Leis em vigor, serão, depois de discutidas, levadas ao conhecimento do Governo Imperial para approva-las, ou submette-las á deliberação do Corpo Legislativo, como parecer conveniente.

Art. 41. A Associação Central facilitará aos emigrantes expontaneos, que desejarem recorrer á sua intervenção, os meios de transporte ao seu alcance, e os receberá em suas hospedarias s depositos, aconselhando-os e dirigindo-os, afim de se estabecerem no paiz.

Art. 42. Os mesmos emigrantes, para serem admittidos e conservados nos ditos estabelecimentos, deverão mostrar-se habilitados a pagar, quer em dinheiro, quer em trabalho, as despezas que ahi tiverem de fazer, ou apresentar com seus passaportes attestados de boa conducta e de aptidão ao trabalho.

Na falta destas condições serão aceitos abonos ou recommeudações de seus Consules, ou de pessoas de conceito.

Art. 43. Nos contractos que se celebrarem com os ditos emigrantes, ou com os Colonos engajados por conta da Associação, serão observadas as bases ou condições constantes dos Capitulos anteriores.

Art. 44. Esses contractos poderão ser transferidos pela Associação com as modificações que fôrem razoaveis, e, de accordo com os Colonos, ás pessoas ou Companhias que os quizerem receber para lhes dar estabelecimento, emprego, ou trabalho.

Art. 45. Não serão carregados como dividas aos Colonos as commissões pagas à Associação para os engajamentos dos mesmos e transferencia de seus contractos, nem as despezas com elles feitas nos portos de desembarque e nas hospedarias e depositos da mesma Associação.

Art. 46. Aos Colonos que se conduzirem bem durante o tempo de seus engajamentos, de parceria ou salarios com os particulares, facilitará a Associação os meios de mandarem vir os seus parentes, bem como de se estabelecerem como proprietarios ou foreiros perpetuos, no caso de que os ditos particulares não possão satisfazer convenientemente taes desejos, de conformidade com o disposto nos artigos finaes dos dous Capitulos precedentes.

Art. 47. A Associação Central emfim aceitará quaesquer propostas razoaveis e fundadas, que tenhão por objecto a vinda para o Imperio de emigrantes espontaneos mediante a sua intervenção, os favores outorgados pelo Governo Imperial, e os adiantamentos indispensaveis com juro de 6 o/o que vierem para se estabelecerem com destino previamente fixado, na conformidade de seus Estatutos, combinados com o que dispõe a tal respeito o Contracto de 26 de Março, de que se tem feito menção.

Rio de Janeiro, 28 de Julho de 1857.—*Marquez de Mont'Alegre.—Bernardo Augusto Nascentes de Azambuja.—Francisco José Fialho.— Hermann Liebich.— Francisco José de Mello e Souza.*

DECRETO DE 3 DE NOVEMBRO DE 1827.

Declara em effectiva observancia em todas as Dioceses e Parochias do Imperio o Concilio Tridentino na Sessão 24 e cap. 1, *de reformatione Matrimonii*, e a Constituição do Arcebispado da Bahia no liv. 1 tit. 68 § 291 (1).

Havendo a Assembléa Geral Legislativa resolvido, artigo unico, que as disposições do Concilio Tridentino na Sessão 24, capitulo 1 *de Reformatione Matrimonii*, e da Constituição do Arcebispado da Bahia, no liv. 1 tit. 68 § 291, fição em effectiva observancia em todos os Bispados, e Freguezias do Imperio, procedendo os Parochos respectivos a receber em face da Igreja os noivos, quando lho requererem, sendo do mesmo Bispado, e ao menos hum delles seu Parochiano, e não havendo entre elles impedimento depois de feitas as denunciações Canonicas, sem para isso ser necessaria licença dos Bispos, ou de seus Delegados, praticando o Parocho as diligencias precisas recommendadas no § 269, e seguintes da mesma Constituição, o que fará gratuitamente:

E tendo eu sanccionado esta Resolução, hei por bem ordenar que assim se cumpra. A Meza da Consciencia e Ordens o tenha assim entendido, e faça executar com os despachos necessarios.

Palacio do Rio de Janeiro em 13 de Novembro de 1827, 6° da Independencia e do Imperio.—*Com a rubrica de Sua Magestade Imperial.*—Conde de Valença.

(1) Vide Ord. deste liv. tit. 46 rub. e nota (2) á pag. 832.

DECRETO n. 1.144—DE 11 DE SETEMBRO DE 1861.

Faz extensivos os effeitos civis dos casamento, celebrados na fórma das Leis do Imperio, aos das pessoas que professarem Religião differente da do Estado, e determina que sejão regulados o registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e obitos das ditas pessoas, bem como as condições para que os Pástores de Religiões toleradas possão praticar actos que produzão effeitos civis (1).

Hei por bem sanccionar e mandar que se execute a Resolução seguinte da Assembléa Geral.

Art. 1.° Aos effeitos civis dos casamentos celebrados na fórma das Leis do Imperio serão extensivos :

1.° Aos casamentos de pessoas que professarem Religião differente da do Estado celebrados fora do Imperio segundo o rito ou as Leis a que os contrahentes estejão sujeitos.

2.° Aos casamentos de pessoas que professarem Religião differente da do Estado celebrados no Imperio, antes da publicação da presente Lei segundo o costume ou as prescripções das Religiões respectivas, provados por certidões(2) nas quaes verifique-se a celebração do acto religioso.

3.° Aos casamentos de pessoas que professarem Religião differente da do Estado, que da data da presente Lei em diante fo-

(1) Vide Ord. deste liv. t. 46 rub. e nota (2) á pag. 832.

(2) *Provados por certidões.*
Vide *infra* os arts. 26, 28 e 29 do D. n. 3.069—de 17 de Abril de 1863.

rem celebrados no Imperio, segundo o costume ou as prescripções das Religiões respectivas, com tanto que a celebração do acto religioso seja provado pelo competente registro(1), e na fórma que determinado fôr em Regulamento.

4.° Tanto os casamentos de que trata o § 2°, como os do precedente não poderão gosar do beneficio desta Lei, se entre os contrahentes se der impedimento que na conformidade das Leis em vigor no Imperio, naquillo que lhes possa ser applicavel, obste ao matrimonio Catholico (2).

Art. 2.° O Governo regulará o registro e provas destes casamentos, e bem assim o registro dos nascimentos e obitos das pessoas que não professarem a Religião Catholica, e as condições necessarias para que os Pastores de Religiões toleradas possão praticar actos que produzão effeitos civis.

Art. 3.° Ficão revogadas as disposições em contrario.

José Ildefonso de Souza Ramos, Senador do Imperio, etc.

Palacio da Rio de Janeiro em 11 de Setembro de 1861, quadragesimo da Independencia e do Imperio.—*Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador*.—José Ildefonso de Souza Ramos.— Francisco de Paula de Negreiros Sayão Lobato.

DECRETO n. 3.069—DE 17 DE ABRIL DE 1863.

Regula o registro dos casamentos, nascimentos e obitos das pessoas que professarem Religião differente da do Estado(3).

Para execução do art. 2.° da Lei n. 1.144 —de 11 de Setembro de 1861, Hei por bem decretar o seguinte :

CAPITULO I.

Dos casamentos de pessoas não catholicas a que são extensivos os effeitos civis dos casamentos Catholicos.

Art. 1.° Os casamentos de nacionaes ou estrangeiros que professarem Religião differente da do Estado, celebrados fóra do Imperio (art. 1.° § 1.° da Lei de 11 de Setembro de 1861) não dependem de registro algum no Imperio, para que lhes sejão extensivos os effeitos civis dos casamentos Catholicos.

Art. 2.° Esses casamentos celebrados fóra do Imperio reputar-se-hão provados do mesmo modo que os casamentos Catholicos, apresentando-se documentos authenticos de onde conste a sua celebração na fórma do rito, ou leis do respectivo paiz; huma vez que taes documentos estejão legalisados pelo Consul, ou Agente Consular Brazileiro do paiz em que forão passados.

Art. 3.° Os casamentos de nacionaes, ou estrangeiros que professarem Religião differente da do Estado, celebrados no Imperio antes da publicação da Lei de 11 de Setembro de 1861, segundo o costume, ou prescripção das Religiões respectivas (art. 1.° § 2.° da citada Lei) tambem não dependem de registro, para que lhes sejão extensivos os effeitos civis dos casamentos Catholicos.

Art. 4.° Esses outros casamentos reputar-se-hão provados pelas certidões que houverem passado os respectivos Ministros, ou Pastores, huma vez que de taes certidões conste a celebração do acto religioso (1).

Nenhuma outra prova será admissivel, ainda que se apresente escriptura publica ou particular (2) de contracto de casamento, e tenhão os contrahentes vivido no estado de casados (3).

Art. 5.° Os casamentos de nacionaes, ou estrangeiros que professarem Religião differente da do Estado, celebrados no Imperio depois da publicação da Lei de 11 de Setembro de 1861 (art. 1.° § 3.° da citada Lei), dependem, para que lhes sejão extensivos os effeitos civis dos casamentos Catholicos :

1.° Da celebração do acto religioso segundo o costume, ou prescripções das Religiões respectivas ;

2.° De celebração desse acto religioso por Pastor ou Ministro que, na conformidade deste Regulamento, tenha exercitado funcções de seu ministerio religioso com as condições necessarias para que tal acto produza effeitos civis (4) ;

3.° Do registro, tambem na conformidade deste Regulamento.

---

(1) *Competente registro.*
Vide nota precedente.

(2) *Impedimento que....... obste ao matrimonio catholico.*
Este impedimento he o *dirimente.*
Vide o art. 7 do D. n. 3.069—de 17 de Abril de 1863.

(3) Vide Ord. deste liv. tit. 46 rub. e nota (2) á pag. 832.

---

(1) *Celebração do acto religioso.*
A falta desta solemnidade priva de effeitos civis o casamento.
Vide nota *infra.*

(2) *Escriptura publica ou particular.*
O Av. n. 491—de 21 de Outubro de 1865 declarou, que os *casamentos civis* não produsem effeitos legaes.

(3) *Vivido no estado de casado.*
A Ord. do liv. 4 t. 46 § 2 concede os effeitos civis aos que vivem *em publica voz e fama* de marido e mulher.

(4) *Produsa effeitos civis.*
Vide nota *infra* ao art. 52 deste Reg., e Av. n. 38—de 10 de Fevereiro de 1864.

Art. 6.° Se os casamentos celebrados no Imperio depois da publicação da Lei de 11 de Setemboo de 1861 forem registrados nos prazos marcados por este Regulamento (art. 1.° da citada Lei) ser-lhes-hão extensivos os effeitos civis desde a época de sua celebração.

Se, porém, forem registrados depois desses prazos, não ser-lhes-hão extensivos os effeitos civis em prejuizo de terceiros, senão da data do registro em diante.

CAPITULO II.

Dos impedimentos dos casamentos de pessoas não catholicas.

Art. 7.° Os impedimentos(1) de que trata o art. 1.° § 4.° da Lei de 11 de Setembro de 1861, e que privão do beneficio della os casamentos especificados em seu art. 1.° §§ 2.° e 3.°, são unicamente os dirimentes que não forem dispensaveis; ou que, sendo dispensaveis, não tiverem sido dispensados.

Art. 8.° Provados estes casamentos por modo legal, não serão privados do beneficio da citada Lei, sem que tenhão sido annullados por sentença do Juiz competente, proferida em processo regular e passada em julgado.

Art. 9.° Compete ao Juiz do domicilio conjugal (2), ou do domicilio do conjuge demandado, conhecer da nullidade de todos os casamentos entre nacionaes, ou estrangeiros que professarem Religião differente da do Estado; e bem assim de qualquer outra questão relativa a estes casamentos.

Art. 10. A nullidade destes casamentos será sempre disputada por acção ordinaria, na qual, pena de nullidade, será ouvido hum Curador, nomeado e juramentado pelo Juiz da causa para defender o casamento em questão.

Art. 11. Quanto ao processo dessas acções de nullidade, e medidas provisorias que por occasião dellas sejão necessarias, observar-se-ha, em tudo que fôr applicavel o que até agora se tem praticado no Juizo Ecclesiastico, e no Juizo Civil, em questão da mesma natureza.

Quanto ao seu julgamento, serão observadas, naquillo em que possão ser applicaveis, as disposições da Lei de 11 de Setembro de 1861, as deste Regulamento, e as prescripções, ou costume das Religiões respectivas, com tanto que estas prescripções, ou este costume, não contrariem as disposições da Lei, e deste Regulamento.

Art. 12. As sentenças que se proferirem são appellaveis para a Relação do districto, devendo o Juiz receber a appellação com effeito suspensivo, e appellar *ex-officio* sempre que annullar o casamento.

Na segunda instancia, pena de nullidade, tambem será nomeado e juramentado hum Curador para defender o casamento; e além disso será ouvido o Dezembargador Procurador da Corôa e Soberania Nacional.

As partes, o Curador, e o Dezembargador Procurador da Corôa, podem interpôr o recurso de Revista em conformidade das Leis em vigor.

Art. 13. Se a nullidade do casamento provier de impedimentos, que o Direito Canonico qualifica publicos, ou absolutos, podem demandal-a:

1.° Qualquer dos conjuges;

2.° Quem na occasião da celebração do matrimonio tiver interesse no julgamento da nullidade.

3.° O Promotor Publico da respectiva Comarca.

Art. 14. Se, porém, provier de impedimentos privados, ou relativos, sómente podem demanda-la os conjuges, ou seus representantes necessarios; se o direito de allega-la não fôr privativo de hum dos conjuges.

Art. 15. Quando o casamento fôr annullavel por falta de consentimento, ou por vicios de consentimento, o direito de allegar essa nullidade he privativo do conjuge que não prestára seu consentimento, ou cujo consentimento fôra vicioso.

Art. 16. A nullidade do casamento assim na hypothese do art. 14, como na hypothese do art. 15, prescreve no fim de trez annos, contados do dia da celebração do acto religioso. Mas na hypothese do art. 15, se no acto da celebração fôr menor o conjuge que não prestou seu consentimento, ou cujo consentimento havia sido vicioso, será concedido a este conjuge hum anno mais depois da maioridade para intentar a acção de nullidade quando os

---

(1) *Os impedimentos.*

Refere-se aos dirimentes que *obstão ao Casamento Catholico*, conforme o § 4 do art. 1 da L. n. 1144—de 11 de Setembro de 1861.

O Av. n. 495—de 25 de Outubro de 1865 declarou, que os *casamentos mixtos*, para produsirem effeitos legaes, não podem ser celebrados entre nós, sem a intervenção do Parocho Catholico, ou de outro Sacerdote por elle, ou pelo Ordinario autorisado, e em presença de duas ou trez testemunhas, depois de obtida a dispensa do impedimento *cultus disparitas*, e de assignar a parte protestante o compromisso de educar os filhos segundo os preceitos da Religião Catholica.

Vide tambem o Av. n. 491—de 21 de Outubro de 1865, e n. 228—de 20 de Julho de 1867.

(2) *Juiz de Direito do domicilio conjugal.*

O Av. n. 467—de 28 de Dezembro de 1867 declarou, que o Juiz de Direito do domicilio conjugal ou do domicilio do conjuge demandado he o competente para conhecer das questões de divorcio entre pessoas que não professão a Religião do Estado.

trez já tenhão expirado, ou tanto tempo quanto fôr necessario para se completar o anno, com tanto que nunca se exceda este prazo.

Art. 17. Compete ao Governo da Côrte pelo Ministerio dos Negocios do Imperio, e nas Provincias aos respectivos Presidentes, dispensar os impedimentos dos casamentos não catholicos, nos mesmos casos em que são dispensaveis no matrimonio catholico; devendo observar o costume, ou prescripções das Religiões respectivas, quando este costume, ou prescripções se possão harmonisar com o casamento catholico.

Art. 18. Concedidas essas dispensas, os casamentos, ou tenhão sido celebrados antes, ou depois da Lei n. 1.144—de 11 de Setembro de 1861, não dependerão de revalidação, para que produzão effeitos civis, ou para que sejão válidos os effeitos civis já produzidos.

CAPITULO III.

Do registro dos casamentos, nascimentos, e obitos de pessoas não catholicas.

DISPOSIÇÕES COMMUNS.

Art. 19. Para o registro dos casamentos, nascimentos e obitos, de nacionaes, ou estrangeiros não catholicos, haverá trez livros: hum para o dos casamentos, o qual ficará a cargo do Secretario da Camara Municipal da residencia de hum dos conjuges; e dous para o dos nascimentos, e obitos, os quaes ficarão a cargo do Escrivão do Juiz de Paz do lugar respectivo; podendo porém o Governo na Côrte, e os Presidentes nas Provincias designar o Escrivão, ou Escrivães do Juiz de Paz que desempenhem estas funcções, segundo o exigir a população ou as distancias.

Quanto, porém, ás Colonias estabelecidas em lugares em que não estejão ainda creadas as autoridades de que se trata neste artigo, ou que estejão muito distantes destas autoridades, ficarão estes livros a cargo do respectivo Director ou da autoridade superior da Colonia designada pelo Presidente da respectiva Provincia. O mesmo Presidente determinará as Colonias a que seja applicavel esta disposição.

Art. 20. Estes trez livros serão fornecidos pela respectiva Camara Municipal, e já sellados. Serão abertos, numerados, rubricados, e encerrados pelo Presidente da mesma Camara; declarando os termos de abertura, e encerramento, o destino de cada hum delles, e o numero de suas folhas.

Findos os livros dos nascimentos e obitos, serão archivados nas respectivas Camaras Municipaes, e ficarão a cargo de seus Secretarios, assim como a cargo dos mesmos Secretarios, os dos casamentos.

Quanto, porêm, ás Colonias que estiverem no caso da segunda parte do artigo antecedente, os livros serão fornecidos pela verba colonial, rubricados pelos Secretarios das Presidencias. E findos elles, serão archivados nas mesmas Secretarias até que sejão creadas as respectivas Camaras Municipaes.

Art. 21. Na parte esquerda de cada huma das paginas desses trez livros serão feitos os registros de sua classe pela ordem em que forem solicitados, declarando-se o anno, mez, e dia de seu lançamento, e não havendo entre hum e outro senão o intervallo de huma linha coberta por hum terço horisontal.

Na parte direita ficará huma margem em branco, contendo hum terço da pagina, e separada por hum terço perpendicular, para nellas se lançarem as notas e verbas necessarias.

Art. 22. A escripturação dos registros far-se-ha seguidamente, sem abreviaturas, e sem algarismos, ainda mesmo que seja nas datas; e no fim de cada hum dos assentos, antes de assignados pelo Escrivão, serão resalvadas as emendas, entrelinhas, palavras riscadas, ou qualquer cousa que duvida faça.

Art. 23. Nem os Escrivães do Juizo de Paz depois de lavrado e assignado qualquer dos assentos, nem os Secretarios das Camaras Municipaes, nos livros que estão a seu cargo, poderão fazer qualquer alteração, emenda, suppressão, ou addição; e se a fizerem, incorrerão no crime de falsidade, pelo qual serão processados.

Poderão sómente annotar, e averbar os assentos, nos casos, e pela fórma que se determina neste Regulamento.

Art. 24. Serão annotados os assentos nos livros correntes a cargo dos Escrivães do Juizo de Paz, ou a cargo dos Secretarios das Camaras Municipaes, quando as partes apresentarem para tal fim mandados do Juiz Municipal do termo em que os livros se acharem; e designadamente constar desses mandados qual o registro que deve ser annotado, e qual a nota que nelle se deve pôr.

Art. 25. O Juiz Municipal competente admittirá as partes a justificar perante elle com citação, e audiencia dos interessados, e do Promotor Publico, a necessidade da rectificação do registro, ou para reparar-se alguma omissão, ou para emendar-se qualquer erro, inexactidão, ou engano; e provado quanto baste, e julgado por sentença, ordenará então a expedição do mandado.

Da sentença que julgar procedente a justificação, podem appellar as partes interessadas, e o Promotor Publico; e da que julga-la improcedente podem appellar os justificantes.

Estas appellações serão interpostas para o Juiz de Direito da respectiva Comarca, e serão recebidas com effeito suspensivo.

Art. 26. Serão averbados os assentos, quando as partes apresentarem aos Secretarios, ou aos Escrivães, encarregados dos registros, sentenças, certidões legaes, ou documentos authenticos de onde constem mudança do estado civil das pessoas, cujos casamentos, nascimentos, ou obitos estejão registrados.

Art. 27. Apresentados os mandados de que trata o art. 25, os Escrivães do Juizo de Paz, ou os Secretarios das Camaras Municipaes, em conformidade do que nelles se determinar, porão a competente nota marginal em frente do assento rectificado, com referencia ao mandado, e data delle; concluindo a nota pela sua assignatura.

Por igual modo procederão os Secretarios das Camaras Municipaes na rectificação dos assentos dos livros findos a seu cargo.

Art. 28. Apresentando-se as sentenças, certidões e documentos de que trata o art. 25, ainda que se refirão ás pessoas cujos assentos se achem nos livros findos, os Escrivães registrarão essas peças no livro corrente, e porão a competente verba marginal em frente do assento já feito no livro corrente.

Se o assento feito estiver em livro findo, os Escrivães passarão certidão do novo registro, para que os Secretarios das respectivas Camaras Municipaes o averbem em lugar competente como acima fica disposto.

Art. 29. Os registros das sentenças, certidões ou documentos, de onde constarem mudanças do estado civil das pessoas cujos casamentos, nascimentos e obitos já estiverem registrados, far-se-hão em resumo ou substancia, sempre que essas peças forem tão extensas, que o seu registro *verbo ad verbum* exceda a despeza de 20$000.

Art. 30. Os Escrivães e os Secretarios encarregados do registro, e estes ultimos, quanto aos livros findos, guardarão, sob sua responsabilidade, convenientemente emmassados e averbados todos os documentos, em virtude dos quaes pozerem notas ou verbas nos respectivos assentos.

Art. 31. Sem dependencia de despacho de qualquer autoridade, elles extrahirão dos livros a seu cargo as certidões que lhes forem pedidas por quem quer que seja.

Estas certidões serão passadas, transcrevendo *verbo ad verbum* não só os assentos, como todas as notas e verbas marginaes; e terão a mesma força probante, que qualquer outro instrumento publico.

Se forem passadas de outra maneira não farão prova em Juizo.

Art. 32. Pelos registros, certidões e buscas os Escrivães e Secretarios levarão os seguintes emolumentos: no primeiro caso, 1$000; no segundo, 400 réis por lauda, tendo cada lauda 25 linhas, e cada linha 30 letras; e no terceiro de 200 réis por anno, contado do 2º em diante, depois de lançado o registro.

Estes mesmos emolumentos levarão os Secretarios das Camaras Municipaes pelas certidões extrahidas dos livros findos a seu cargo.

Art. 33. Se os Escrivães ou Secretarios recusarem, ou demorarem os registros, ou se uns e outros recusarem ou demorarem as notas e verbas marginaes, ou as certidões(1), as partes prejudicadas poderão queixar-se ao Juiz Municipal respectivo: e este, ouvindo o recusante, decidirá com a maior brevidade.

Sendo injusta a recusa, ou demora, o Juiz que della tomar conhecimento poderá impor a multa de 20$000 a 100$000, ordenando, pena de responsabilidade, que no prazo de 24 horas seja feito o registro, ou se ponha a nota ou verba, ou se passe a certidão exigida.

Art. 34. Os Promotores Publicos, pena de responsabilidade, inspeccionarão os livros do registro, denunciando os Escrivães do Juizo de Paz, ou Secretarios das Camaras Municipaes, que os tiverem a seu cargo e que forem negligentes ou prevaricadores.

Os Juizes de Direito nas Correições submetterão tambem esses livros a seu exame e proverão convenientemente.

DO REGISTROS DOS CASAMENTOS.

Art. 35. Podem requerer o registro dos casamentos, os conjuges, os pais destes, seus parentes, Tutores, Curadores e o Consul do paiz de qualquer dos conjuges.

Art. 36. Consiste o registro do casamento de nacionaes ou estrangeiros não catholicos na transcripção *verbo ad verbum* das certidões authenticas(2) de celebração do respectivo acto religioso, passado pelos Pastores, ou Ministros das Religiões differentes da do Estado a que pertencerem os contrahentes.

Art. 37. As certidões da celebração do acto religioso, que passarem os Pastores ou Ministros das Religiões toleradas, deverão conter:

---

(1) *Ou as certidões.*
Vide Av. n. 38—de 10 de Fevereiro de 1864 na nota (1) ao art. 52.

(2) *Certidões authenticas.*
Vide Av. n. 38—de 10 de Fevereiro de 1864 na nota (2) ao art, 52 deste Reg.

1º Os nomes, idades, domicilios e actuaes residencias dos casados;

2.º As profissões delles, se as tiverem, e as suas nacionalidades;

3.º Os nomes de seus pais e mãis, com a declaração de serem filhos legitimos ou illegitimos;

4.º O anno, mez, dia e hora em que o acto religioso foi celebrado, e bem assim o lugar de sua celebração;

5.º A declaração de não ter havido algum impedimento, ou de ter sido o impedimento levantado, dispensado, ou julgado improcedente;

6.º Os nomes das testemunhas, duas pelo menos, que assistirão á celebração do acto religioso.

Art. 38. A omissão de qualquer das declarações do artigo antecedente não annullará o acto, e poderá ser reparada pela fórma que se dispõe neste Regulamento, do mesmo modo que qualquer erro, inexactidão ou engano.

Art. 39. Por motivos de taes omissões os Escrivães e os Secretarios não poderão recusar o registro do casamento, salvo quando as certidões não declararem o nome dos contrahentes, e o anno, mez e dia da celebração do acto religioso. Em tal caso os respectivos Pastores ou Ministros passarão outras certidões, ou addicionarão as certidões já passadas.

Art. 40. As certidoes destes casamentos, que tiverem sido celebrados depois da publicação da Lei de 11 de Setembro de 1861, mas antes da publicação deste Regulamento, serão registradas na Côrte e Provincia do Rio de Janeiro no prazo de trez mezes, e nas outras Provincias no prazo de nove mezes, contados da data da publicação deste Regulamento: e as dos casamentos celebrados depois da publicação deste Regulamento serão registradas no prazo de hum mez, a contar da data de sua celebração, sob a pena já comminada no art. 6 deste Regulamento. Aproveitarão ás partes os requerimentos que fizerem para esses registros, sempre que a respeito delles, ou do lugar em que devão ser feitos, occorrer alguma duvida.

Art. 41. Os casamentos, de que trata o art. 1 segunda parte, deste Regulamento, não se reputarão provados senão pelas certidões extrahidas de seus registros, e as outras provas não serão admittidas, a não ser em caso de perda, ou destruição do respectivo livro de registros no todo, ou na parte em que se achava o registro do casamento que se tiver de provar.

Art. 42. As disposições dos arts. 1 e 3 deste Regulamento não obstão que se registrem no Imperio os casamentos celebrados fóra delle, ou nelle celebrados antes da publicação da Lei de 11 de Setembro de 1861.

Registrados esses casamentos na forma dos arts. 2 e 4, as certidões que se extrahirem dos registros tambem farão prova em Juizo.

DO REGISTRO DOS NASCIMENTOS.

Art. 43 O registro dos nascimentos de pessoas não catholicas será feito pelas participações que delles se fizerem, e que dever-se-hão fazer no prazo de dez dias depois de dado á luz o recem-nascido.

Art. 44. São obrigados a fazer a participação do nascimento:

1.º O pai do recem-nascido, se este fôr filho legitimo; e na sua falta, a mãi ou pessoa por este ou por aquelle autorisada.

2.º A mãi do recem-nascido, se este fôr filho illegitimo, ou o pai que o tiver reconhecido, ou pessoa para tal fim autorisada.

Art. 45. O competente Escrivão do Juizo de Paz fará o registro do nascimento, reduzindo a termo no livro correspondente a participação do artigo antecedente, e declarando o seguinte:

1.º O dia, mez, anno, e lugar em que he escripto;

2.º O dia, mez, anno o lugar do nascimento, e tambem a hora, se isto fôr possivel;

3.º O sexo do recem-nascido, seu nome, ou o que no acto se lhe der;

4.º Os nomes do pai e mãi, seus domicilios, residencias e profissões, se o recem-nascido fôr filho legitimo;

5.º O nome só da mãi, seu domicilio, actual, e profissão, se o recem-nascido fôr filho illegitimo; e tambem o nome do pai que o reconheceu, ou reconhecer no acto, seu domicilio, residencia actual e profissão; ou sómente o do pai que o reconheceu ou reconhecer no acto, no caso de se não declarar o nome da mãi;

6.º O nome, domicilio, residencia actual, e profissão da pessoa que participar o nascimento, por estar para isso autorisada.

A participação deverá conter as declarações anteriores; e, quando não as contenha, o Escrivão as exigirá para as lançar no termo.

Art. 46. Os termos de nascimento serão assignados pelo Escrivão, duas testemunhas presentes ao acto, e pela pessoa que tiver feito a participação, no caso de achar presente. Se a participação tiver sido feita por escripto, isso mesmo será declarado no termo de nascimento, e o Escrivão

a emmassará com as demais peças de que trata o art. 30.

Art. 47. A morte do recem-nascido, ainda que elle só tenha vivido hum instante depois de completamente separado de sua mãi, não dispensa o registro do nascimento; devendo-se declarar isso mesmo no respectivo assento com todas as circumstancias tendentes a verificar se o fallecimento teve ou não lugar depois do parto.

DO REGISTRO DOS OBITOS.

Art. 48. O registro dos obitos de pessoas não catholicas tambem será feito pelas participações que delles se fizerem, e que dever-se-hão fazer, dentro das cidades e villas no prazo de dous dias, e fóra das cidades e villas no de seis dias depois do fallecimento.

Art. 49. Sao obrigados a fazer esta participação:

1.° O cabeça de familia, em cuja casa se der o fallecimento; ou a pessoa que lhe succeder, ou sua viuva ou viuvo.

2.° A pessoa que assistir ao fallecimento, se o defunto vivia só; ou o vizinho que do fallecimento tiver noticia.

3.° Os Administradores de quaesquer estabelecimentos, em que se realize o fallecimento, ou elles pertenção ao Estado, ou a Corporações, quer civis, quer Religiosas, ou a particulares; com tanto que o fallecido tenha morado no estabelecimento, sujeito á disciplina economica do mesmo.

Art. 50. O competente Escrivão fará o registro do obito, reduzindo a termo no livro correspondente a participação do artigo antecedente, e declarando o seguinte:

1.° O dia, mez, anno, e lugar, em que he escripto;

2.° O dia, mez, anno, e lugar do fallecimento, e tambem a hora, se isto fôr possivel;

3.° O nome, idade, estado, naturalidade, domicilio actual, residencia e profissão do fallecido;

4.° Os nomes, domicilios, naturalidade, e profissão dos pais do fallecido, se isto fôr possivel;

5.° O nome do outro conjuge, se o fallecido tiver sido casado;

6.° A circumstancia de ter fallecido com testamento, ou sem elle;

7.° O nome, domicilio, residencia actual, e profissão da pessoa que houver participado o fallecimento.

Art. 51. Observar-se-ha sobre as declarações que deve conter a participação dos obitos, e sobre os termos dos mesmos obitos, o que está disposto nos arts. 44 e 45 em relação aos nascimentos.

CAPITULO IV.

Das condições necessarias para que os Pastores das Religiões toleradas possão praticar actos que produzão effeitos civis.

Art. 52. Para que os Pastores e Ministros das Religiões toleradas possão praticar actos de seu Ministerio Religioso, susceptiveis de produzir effeitos civis(1), he indispensavel, sob pena de não produzirem taes effeitos, que sua nomeação, ou eleição esteja registrada (2), quanto aos que residirem na Côrte, na Secretaria do Imperio; e, quanto aos que residirem nas Provincias, na da Provincia de sua residencia.

Para este registro bastará que a nomeação, ou eleição seja apresentada ao chefe da Secretaria, o qual lhe porá o visto, com a designação do Official que o deverá fazer.

Art. 53. Se porém a nomeação, ou eleição fôr effectuada no estrangeiro, será necessario, para que se proceda ao registro, que esteja authenticada pelo Consul, ou agente consular do Imperio nos respectivos paizes. Quanto porém ao registro de casamento celebrado no estrangeiro antes deste Regulamento na conformidade do art. 42, a eleição, ou nomeação, poderá ser authenticada pelo Consul do respectivo paiz residente no Imperio. Em ambos os casos será lançado por extenso no mesmo registro o termo da authenticidade (3).

Fica entendido que este registro não importa o reconhecimento da validade da nomeação ou eleição.

Art. 54. A recusa, ou demora destes registros, ficará sujeita ás penas declaradas no art. 33 deste Regulamento, sendo impostas pelo Ministro do Imperio ou pelo Presidente respectivo.

Os Chefes da Secretaria respondem pela recusa ou demora.

Art. 55 Por estes registros, pelas certidões, e pelas buscas se receberão na Secretaria do Imperio os emolumentos da mesma Secretaria, que são no 1.° caso de 1$000; no 2.° de 800 reis por lauda, tendo cada lauda 25 linhas, e cada huma destas

---

(1) *Produsir effeitos civis.*
Vide art. 5 § 2, arts. 33, 36 e 53 deste Reg.
O Av. n. 38—de 10 de Fevereiro de 1864 explica os casos em que devem ser registradas as certidões de actos religiosos celebrados por Ministros e Pastores das Religiões differentes da do Estado, e determina que sejão publicados na Gazetas de maior circulação os nomes dos ditos Pastores e Ministros que registrarem os seus titulos na forma deste art.

(2) *Registrada.*
Vide nota precedente.

(3) *Termo de authenticidade*
Vide nota (1) ao art. 52.

30 letras; e no 3.º de 200 reis por anno, contado do segundo em diante depois de lançado o registro. Nas Provincias se pagarão os mesmos emolumentos; entrando o producto nas Thesourarias de Fazenda das respectivas Provincias.

Art. 56. Fica prohibido aos mesmos Pastores e Ministros celebrar casamentos entre pessoas do seu culto, sem que precedão banhos ou denunciações segundo o costume, ou prescripções das Religiões respectivas.

A falta porém de banhos, ou denunciações não annullará o casamento, e só fará incorrer o respectivo Pastor ou Ministro nas penas do art. 248 do Codigo Criminal (1).

Art. 57. Os banhos podem ser dispensados pelo Juiz Municipal do Termo, onde o casamento tiver de ser celebrado; justificando-se qualquer dos motivos que autorisão a dispensa de banhos para o matrimonio catholico.

Art. 58. Oppondo-se qualquer impedimento ao casamento projectado, proseguir-se-ha nos banhos até conclui-los; mas, depois de corridos, o respectivo Pastor ou Ministro não celebrará o casamento, sob pena de ser processado como incurso no art. 247 do Codigo Criminal, sem que se lhe apresente documento authentico que prove ter sido dispensado o impedimento, ou ter sido julgado improcedente.

Art. 59. O competente Juiz Municipal, a quem as denuncias de impedimentos, ou opposição ao casamento forem communicadas ou pelo respectivo Pastor, ou Ministro, ou por quaesquer pessoas cujos interesses venhão a ser offendidos, procederá summariamente, a requerimento das partes interessadas, mandando autoar a communicação, dando vista ás partes por cinco dias improrogaveis a cada huma, marcando a dilação probatoria tambem de cinco dias, ouvindo o Promotor Publico, e proferindo sua sentença sem demora.

Essas sentenças, como nos casos do art. 25, tambem são appellaveis para o respectivo Juiz de Direito da Comarca, devendo igualmente a appellação ser recebida nos effeitos regulares.

O Marquez de Olinda, Conselheiro de Estado, etc., assim o tenha entendido e faça executar.

Palacio do Rio de Janeiro, 17 de Abril de 1863, 42º da Independencia e do Imperio.—*Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador.* Marquez de Olinda.

(1) Na mesma pena incorrem os Pastores que funccionarem em casamentos mixtos, em que uma das partes seja catholica, se o casamento, segundo o rito Catholico, não houver precedido Av. n. 228—de 20 de Julho de 1867.

AVISO n. 123—DE 12 DE JULHO DE 1851.

Providencias sobre a cobrança dos fóros e laudemios dos terrenos de marinha (1).

Joaquim José Rodrigues Torres, Presidente do Tribunal do Thesouro Nacional, reconhecendo a necessidade de providencias para a cobrânça dos fóros e laudemios dos terrenos de Marinha da Provincia do Rio de Janeiro, depois da extincção da respectiva Thesouraria, ordena que a esse respeito se observe o seguinte:

Art. 1.º Haverá na Directoria Geral das Rendas Publicas hum assentamento geral de todos os terrenos de marinha da Provincia do Rio de Janeiro, numerados pela antiguidade das concessões.

Art. 2.º Até ao fim de Maio de cada anno a mesma Directoria extrahirá do referido assentameuto tantas folhas de foreiros, quantos os Municipios da Provincia, e as remetterá aos respectivos Administradores de Rendas e Collectores para por ellas cobrarem no mez de Julho seguinte os fóros ahi contemplados.

Art. 3.º Os fóros arrecadados serão lançados em hum livro de receita especial, e os Conhecimentos que se derem ás partes serão cortados de hum Livro de talão, averbando-se o recebimento na folha.

Art. 4.º No mesmo Livro, mas em columna distincta, serão lançados os laudemios, e os Conhecimentos serão cortados do Livro de talão especial.

Art. 5.º Na arrecadação e escripturação destas rendas seguir-se-hão as regras geraes estabelecidas nos Regulamentos relativos ás outras rendas internas.

Art. 7.º A cobrança destas Rendas far-se-ha por exercicio como a de todas as outras, havendo-se por vencido o fôro no fim de Junho de cada anno, devendo esta altéração começar já com o corrente exercicio.

Art. 7.º Os Administradores e Collectores só poderão arrecadar no semestre addicional de Julho a Dezembro, os fóros não pagos do anno financeiro findo em Junho, e terminado o semestre addicional recolherão ao Thesouro Nacional as Folhas e Livros de Receita para se proceder na 3ª Contadoria á liquidação do que ficou em

(1) Vide Ord. deste liv. t. 38 pr. nota (3) á pag. 817 e 818.

A L. n. 60—de 20 de Outubro de 1838 art. 9 § 27 diz o seguinte:

« Pertencem á Receita Geral do Imperio as seguintes imposições:

« § 27—Foros dos terrenos de Marinha e *laudemios*, excepto no Municipio da cidade do Rio de Janeiro. »

Estes pertencem á receita da Camara Municipal da mesma cidade.

divida, e promover-se a cobrança executivamente.

Art. 8.º Como excepção será cobrada amigavelmente pelos Exactores até o ultimo de Dezembro do corrente anno a divida de fóros vencidos até Junho de 1850, e emquanto se não conclue a liquidação dessa divida será ella paga com guias passadas pela Directoria Geral da Contabilidade.

Thesouro Nacional em 12 de Julho de 1851.—*Joaquim José Rodrigues Torres.*

AVISO n. 264—DE 23 DE SETEMBRO DE 1835.

A' Thesouraria da Provincia da Parahyba respondendo as observações que faz sobre o cumprimento da Circular de 31 de Maio proximo passado, por entender que o Alvará de 30 de Outubro de 1793 que declarou e ampliou a Ord. do liv. 3 tit. 59 pr. e § 2, dispensando de escriptura publica os contractos de compra e venda até a quantia de dous mil cruzados, embaraça a fiscalisação do imposto de siza ali recommendada(1).

Manoel do Nascimento Castro e Silva, Presidente do Tribunal do Thesouro Publico Nacional, em conformidade de deliberação tomada em sessão do Tribunal sobre officio do Inspector da Thesouraria da Provincia da Parahyba de 14 de Agosto proximo passado n. 101, pelo qual accusa recebida a Ordem de 31 de Maio ultimo relativa á arrecadação da siza, e sobre ella observa que a Lei de 30 de Outubro de 1793, que declarou e ampliou a Ord. liv. 3 tit. 59 pr. e § 2 que dispensa de escriptura publica as convenções e contractos, que não excederem a dous mil cruzados em bens de raiz: responde ao mesmo Inspector que a disposição do Alvará de 30 de Outubro de 1793 não traz embaraço algum á fiscalisação das sizas; por que essa faculdade, que por ella se permittia para se celebrarem por escriptos particulares contractos sobre bens de raiz até a quantia de dous mil cruzados, está plenamente invigorada e sem mais algum effeito(2), senão desde o Alvará de 3 de Junho de 1809 que, impondo aos Escrivães e Tabelliães, que fizerem as escripturas de compra e venda sem certidão do pagamento da siza, as penas declaradas no § 8(1), e estabeleceu a necessidade de serem taes contractos celebrados por publicas escripturas; ao menos desde que a Lei de 30 de Outubro de 1830, dando aos Escrivães do Juizo de Paz as attribuições de Tabelliães de Notas nos seus respectivos districtos, fez cessar a possibilidade do caso em que o sobredito Alvará de 30 de Outubro concedia a referida faculdade(2); isto no caso de estarem os Tabelliães em distancia tão grande que as partes contractantes não podessem ir fazer as escripturas e voltar no mesmo dia para suas casas.

Para se descobrirem alguns contractos de compra e venda que d'antes se tinha celebrado, ou ainda se celebrem por escriptos particulares sem o pagamento da siza além de outras pesquisas e diligencias ao alcance da Commissão de que trata a citada Ordem de 31 de Maio, poderá e deverá ella recorrer ao exame dos processos de inventarios, de contas de testamentos, de medições, de reivindicações, e de quaesquer outros de que possa tirar illustrações, para o que lhes deverão franquear os Escrivães nos respectivos Cartorios.

Thesouro Publico Nacional em 23 de Setembro de 1835.—*Manoel do Nascimento Castro e Silva.*

ALVARÁ DE 5 DE MARÇO DE 1825.

Declara que a Ord. do liv. 4 tit. 54 § 1 só permitte a retenção da cousa depositada até ser paga a despeza quando foi ella havida por emprestimo, aluguel, ou arrendamento, e não he applicavel ao caso de Deposito (3).

Eu, o Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Imperio do Brazil. Faço saber que, em consulta da Meza do Desembargo do Paço, me foi presente a representação de Valentim José dos Santos, Depositario Geral desta cidade, em que

---

(1) Vide Ord. deste liv. tit. 50 rub. nota(2) á pag. 842, e do liv. 3 t. 59 pr. nota (4) á pag. 651, *e additamentos* ao mesmo liv. á pag. 736 nota (3) ao Alv. de 30 de Outubro de 1793.

(2) T. de Freitas na *Consolidação* art. 368 diz o seguinte:

« He *necessaria* a escriptura publica para prova dos contractos, quando o objecto delles exceder a taxa de 800$000 em bens de raiz, e de 1:200$000 em bens moveis. »

Em nota accrescenta:

« Alv. de 30 de Outubro de 1793, que ampliou a Ord. liv. 3 tit. 59. Não se tem assim entendido este Alv., e por isso vemos estabelecida no art. 123 do Cod. do Com. a taxa de 400$000 (*quanto á prova de testemunhas*) para os contractos commerciaes, quando devia ser superior á dos contractos não commerciaes.

« Examine-se com attenção o texto do Alv. e a presente interpretação será justificada. No Officio de 23 de Setembro de 1835 *até declarou-se* que o Alv. estava sem vigor! »

(1) Vide o mesmo Alv. á pag. 510 nos *additamentos* ao liv. 2.

(3) T. de Freitas na *Consolidação* art. 369 § 1 diz o seguinte:

« Exceptuão-se da geral disposição do art. antecedente:

§ 1. Os contractos celebrados nos lugares, em que não houver Tabellião nem Escrivão do Juiz de Paz (L. de 30 de Outubro de 1830, e Avs. do 1º de Agosto de 1831, e *add.*— de 25 de Outubro de 1850), e tão distantes das Cidades, Villas e Freguezias, onde os houverem, que não possão as partes commodamente ir e voltar para suas cazas no mesmo dia. »

E em nota a este § diz;

« Alv. de 30 de Outubro de 1793 combinado com a Lei de 30 de Outubro de 1830. O Alv. estabelece como regra o que he excepção. Inverte a redacção sem alterar o sentido. »

(3) Vide Ord. deste liv. tit. 54 § 1 e nota (5) a pag. 848.

expunha que, tendo sustentado, vestido e curado em duas graves enfermidades, a huma preta de nome Joaquina, que ao deposito do supplicante fôra levada ha mais de oito annos, em nome de Manoel José Ferreira, por execução que este fazia a Manoel Cardozo do Rego, acontecêra, depois do notorio fallecimento do dito exequente, que se ausentára ha annos desta Côrte, ser arrematada a mesma escrava por hum individuo Claudino José de Souza, e sem se fazer o *deposito judicial*, tirando-se, como fôra sempre praxe, o bilhete da despeza do Depositario, dar-se quitação ao falso procurador do exequente, conluiado com o Escrivão dos autos e o Arrematante para prejudicarem o supplicante, que tendo este prevenido o successo, fazendo penhora, pela correcção do Civel, na mesma escrava, para ser pago, das comedorias e despezas; o Ouvidor da Comarca, a quem recorrêra, não attendeu ao supplicante, deferindo-lhe que usasse dos meios ordinarios, e déra mandado ao supposto Arrematante para ir buscar a escrava, comminando a pena de prisão, não satisfeita a entrega; apezar do que lhe representára o supplicante, firmado na Ord. do liv. 4 tit. 54 § 1; que, não tendo provimento no recurso que interposera para a Caza da Supplicação, pelo fundamento de que não podia ser detida a cousa depositada, mandada entregar por autoridade da Justiça, embargára o supplicante esta decisão, não porque recusasse fazer a entrega, mas sim porque a Lei lhe permittia a detenção, até que fosse embolsado, de huma divida tão privilegiada; que possuindo o exemplo da pratica do Banco Nacional, aonde se não entrega dinheiro depositado, não obstante o precatorio do Magistrado, sem que ali se paguem primeiro os dous por cento, e outras razões tirada da justiça e equidade natural, que não permitte deixe de ter na cousa depositada a hypotheca da sua indemnisação, aquelle que com ella fez despezas certas e correu riscos: lhe foi tudo desprezado, e confirmando-se a antecedente decisão, sem disso se darem as especificas causaes:

Finalmente, aggravando da Ordenação não guardada, assim pela offensa daquella Ordenação, como dos Alvarás de 25 de Agosto de 1774, § 16, de 21 de Maio de 1751, os quaes estabelecêrão dous por cento aos Depositarios Publicos das cousas vendidas, não devendo haver arbitrio dos Magistrados á face das leis, disserão os Magistrados daquelle Tribunal, com o seu Regedor, não ser offendida a Lei, por se não pedir a guarda della, accrescentando o supplicante, além do mais que a este respeito produziu, que aquelles Ministros, depois de revogarem o Accordão, o riscárão e o borrárão, para desprezarem os embargos, pedindo-me, portanto, o supplicante me dignasse de o prover de efficaz remedio contra a injustiça de semelhantes decisões.

E tendo em consideração o referido, e o mais que me foi presente na Consulta da referida Meza, á qual pareceu attendivel a representação do supplicante; por quanto á Ord. do liv. 4 tit. 54 § 1 por elle allegada, que concede a retenção da cousa até ser paga a despeza que nella se fez, trata só dos que houverão por emprestimo, aluguer ou arrendamento, o que não he applicavel ao caso do Depositario, ao qual nem o Ouvidor da Comarca, nem a Caza da Supplicação negou *os dous por cento* das arrematações que lhe concedem os Alvarás de 21 de Maio de 1751 cap. 5 § 1 e de 25 de Agosto de 1774 § 16, pois que nem delles se tratou, não lhes tendo feito aggravo os Juizes de quem se queixa, porque sendo a escrava arrematada em 7 de Outubro do anno proximo passado, pagando o arrematante a siza em 11 do mesmo mez, dando o exequente, em 13, quitação ao arrematante, por ter recebido o valor da mesma escrava, e passando-se-lhe mandado de entrega para o supplicante, que então a pretendeu demorar até ser pago das despezas que fizera; nestes termos applicárão os Juizes a lei que no caso cabia, e he expressa na Ord. do liv. 4 tit. 6 § 2 devendo, portanto, o supplicante usar dos meios legitimos que lhe competirem, contra quem direito fôr, para se indemnisar, o que já lhe ficaria resguardado pelo dito Ouvidor da Comarca no seu despacho á fl. 228 v. dos autos que subirão á minha Imperial presença, e pelos Juizes dos Accordãos que o confirmarão:

Sendo, outrosim infundada a queixa de que tudo fôra urdido por hum falso Procurador conluiado com o Escrivão; por quanto, á fl. 59 dos mesmos autos se acha a procuração feita por Tabellião publico, e na que o Exequente nomêa por seu Procurador á Caetano de Castro, e a fl. 59 v. se acha outro instrumento publico feito pelo mesmo Tabellião, no qual o mesmo exequente outorga e concede os poderes declarados na procuração antecedente, a Miguel Cardozo de Sá, que se diz agora falso Procurador por ter morrido o constituinte, sem da sua morte apparecer prova alguma, senão referir o supplicante, á fl. 224, que se dizia fôra para Inglaterra e fallecêra, além de ser isto direito de terceiro, que não pertencia ao supplicante allegar, devendo-lhe semelhantemente usar, pelos meios ordinarios, das acções legitimas que lhe competirem quanto á collusão, se a houver, entre o Procurador, Arrematante, e o Escrivão, com prejuizo do supplicante, de que todavia não existe prova nos autos, nos quaes tambem não apparece a causal de se ter riscado o Accordão fl. 251, sobre que poderião os Juizes responder; sendo, em summa, o parecer da sobredita Meza,

que o supplicante, sim, tem direito á indemnisação das despezas que fez com a referida escrava depositada, mas que a deve proseguir pelos meios ordinarios, e pelas acções competentes, para haver as mesmas despezas do preço da arrematação que pela Lei substitue o objecto vendido nas hypothecas:

Hei por bem, ávista de tudo o que fica expendido, conformar-me, por minha immediata Resolução de 25 de Janeiro do corrente anno, com o parecer da referida Meza na presente questão.

E querendo prover de remedio para o futuro, como convem á boa ordem, guarda e segurança dos depositos, mando que se ponha em religiosa observancia a disposição dos Alvarás de 21 de Maio de 1751, cap. 5 § 1 e de 25 de Agosto de 1774 § 16, por não ser justo que soffrendo o Depositario o risco, perigo e incommodo do deposito, deixe de ser embolsado das legaes despezas, que devem ser satisfeitas, e do premio ordenado nas citadas Leis, que nem estão revogadas, nem Magistrado algum tem autoridade de interpretrar, por ser essa faculdade sómente propria, inherente e privativa do supremo Legislador.

E recommendo a observancia do § 7 da Ord. do liv. 3 tit. 66, e toda a clareza e limpeza, fórma e escrituração das sentenças e Accordãos, afim de se evitarem motivos de queixas dos litigantes, e remover-se qualquer suspeita contra aquelles que só devem ter e mostrar nos seus julgados a maior imparcialidade.

Pelo que mando ao Regedor das Justiças da Caza da Supplicação, ou a quem seu cargo servir, cumpra, guarde e execute, e faça cumprir, guardar e executar este meu Alvará, tão inteiramente como nelle se contém, o qual será registrado nos respectivos livros da mesma Caza da Supplicação.

Dada no Rio de Janeiro, aos 6 de Março de 1825, 4º da Independencia e do Imperio. — IMPERADOR, com guarda. — *Clemente Ferreira França.*

LEI n. 46—DE 30 DE AGOSTO DE 1833.

Concede o privilegio ou beneficio de integridade nas execuções ás fabricas de mineração, de assucar, e lavouras de canna (1).

A Regencia, em nome do Imperador o senhor D. Pedro II, faz saber a todos os subditos do Imperio que a Assembléa Geral Legislativa decretou, e ella sanccionou a Lei seguinte.

Art. 1. As fabricas de mineração, e de assucar, e lavouras de canna ficão sujeitas ás Leis geraes das execuções.

(1) Vide Ord. deste liv. t. 54 § 1 e nota (5) á pag. 848; bem como a do liv. 3 t. 86 § 24, nota (2) á pag. 704.

Art. 2. São consideradas como partes integrantes das ditas Fabricas, e Lavouras para se não desmembrarem(1), mediante as indicadas execuções, as machinas, os escravos maiores de 14 annos, e as escravas maiores de 12, os bois, cavallos, e todos os moveis effectiva, e immediatamente empregados na na laboração das mesmas fabricas e lavouras.

Art. 3. O beneficio do artigo antecedente pode ser renunciado por convenção especial entre o devedor, e o credor, sendo a divida daquellas, que involvem hypotheca legal.

Art. 4. Ficão revogadas todas as Leis, e mais disposições em contrario.

Manda por tanto, etc.

Dada no Palacio do Rio de Janeiro em 30 de Agosto de 1833, decimo segundo da Independencia e do Imperio. — *Francisco de Lima e Silva, João Braulio Moniz.* — Aureliano de Sousa e Oliveira Coutinho.

DECRETO n. 857 — DE 12 DE NOVEMBRO DE 1851.

Explica o art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841 relativo á prescripção da divida activa e passiva da Nação(2).

Considerando que o art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, relativo á prescripção da divida passiva e activa da Nação(3), exige explicações claras e explicitas, que sirvão tanto para dirigir os executores, como para instruir as partes no que toca a seus direitos e interesses: Hei por bem determinar o seguinte :

Prescripção de 5 annos.

Art. 1.º A prescripção de 5 annos, posta em vigor pelo art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, com referencia ao capi-

(1) He este o *beneficio* chamado *de integridade*, o qual, no caso das hypothecas de que trata o art. 14 § 2 da L. n. 1237—de 24 de Setembro de 1864, foi derogado.

Vide tambem o art. 292 § 2 do Dec. n. 3.453—de 26 de Abril de 1865.

(2) Vide Ord. deste liv. t. 79 pr. nota (1) á pag. 896.

(3) Eis o que dispõe o art. 20 da L. n. 243—de 30 de Novembro de 1841 :

Art. 20. Do 1.º de Janeiro de 1843 em diante não terá mais lugar inscripção alguma de divida passiva fluctuante, mandada fundar pela Lei de 15 de Novembro de 1827, á excepção daquellas que nessa epocha se acharem em liquidação, ou penderem de processo judicial, ficando inteiramente prescriptas, e perdido para os Credores o direito de requererem a liquidação e pagamento dellas.

« Da mesma data em diante ficão em vigor os caps. 209 e 210 do *Regimento da Fazenda*, assim pelo que respeita á divida passiva posterior ao anno de 1826, existente até hoje, e á divida futura, como pelo que respeita a toda divida activa da Nação.

« O Governo dará toda a publicidade á disposição deste art. e dos referidos capitulos. »

tulo 209 do *Regimento da Fazenda*(1), a respeito da divida passiva da Nação, opera a completa desoneração da Fazenda Nacional do pagamento da divida, que incorre na mesma prescripção.

Art. 2.º Esta prescripção comprehende:

1.º O direito que alguem pretenda ter a ser declarado credor do Estado, sob qualquer titulo que seja.

2.º O direito que alguem tenha a haver pagamento de huma divida já reconhecida, qualquer que seja a natureza della.

Art. 3.º Todos aquelles, que pretenderem ser credores da Fazenda Nacional, por ordenados, soldos, congruas, ou gratificações e outros vencimentos de empregos: por pensões, tenças, meio soldo (1) e Monte Pio; por preço de arrematações e contractos de qualquer natureza, e pagamento de despezas feitas e serviços prestados; e por quaesquer reclamações, indemnisações, e restituições, deverão requerer o reconhecimento e liquidacão de suas dividas(2), a expedição dos despachos, ordens e titulos para o pagamento, e fazer o assentamento das que o precisarem dentro dos 5 annos; e passado este prazo, ficará prescripto a favor da Fazenda Nacional todo o direito que tiverem.

Art. 4.º Todos aquelles que depois de haverem os seus despachos correntes para o pagamento, tiverem feito o assentamento, ou estiverem lançados na folha(3), não reque-

---

(1) Eis o que dispõe este cap. do *Regimento da Fazenda* do 1516:

« *Que passando cinco annos, as partes nelles que requererem as dividas, que lhes El-Rey dever, percão seu direito.*

« Por quanto até agora em nossa Fazenda muitas vezes acontecia algumas pessoas deixarem em alguns annos de tirar, e requerer suas tenças, assentamentos, e mantimentos, que de nós havião de haver, e se dão ordenadamente cada anno na dita nossa Fazenda, por nossos Officiaes, quando pelas partes são requeridos:

« E quando vinhão pedir seus despachos, era fadiga e trabalho buscarem-se livros, e registros dos annos passados para ver se os tinhão tirado, ou não, e ainda sobre isso se recrescião outras duvidas, que muitas vezes os taes dinheiros lhes erão, tirados ou passados, ou por outros respeitos, e justos impedimentos tirados por que os não devião haver, ou por nosso mandado, ou por satisfação, ou, erros, ou trocas, ou outras cousas.

« E quando isto depois se requeria em nossa Fazenda, nossos Officiaes não erão em lembrança das taes cousas, por se não escreverem algumas vezes, ou se errarem os titulos delles nos registros; e muitas vezes, acontecia de lhes serem despachados, e irem duplicados os ditos dinheiros, e pagos duas vezes, e assim os donos, ou seus herdeiros, e outras algumas pessoas estarem sobre isso em grandes debates, e duvidas, não sabendo que os tinhão já assim havidos, ou assim mesmo se lhes não despachavão, sempre ficavão em duvida se verdadeiramente lhos devião, ou não, o que pela quantia dos annos, e mudanças de nossos Officiaes, e grande negocio de nossa Fazenda a verdade verdadeiramente se não podia saber.

« E querendo Nós a isso provêr, determinamos, queremos, e mandamos que daqui em diante qualquer pessoa de qualquer sorte, e qualidade que fôr, que dentro de cinco annos não tirar, ou requerer as cartas, e dezembargos dos ditos despachos acima declarados, d'ahi em diante não lhes sejão mais dados, nem sejão as partes sobre isso mais ouvidas.

Outro sim pelo dito modo mandamos que a dita maneira se tenha em todas as dividas, que nós devamos, a que sejamos obrigados de Nossa Fazenda, assim por nossas Cartas, Alvarás, dezembargos. Certidões, e lembranças, e dos Vedores de nossa Fazenda, e Contadores, que para isso nosso poder tiverem, como quaesquer outras obrigações, a que de Direito sejamos obrigados, de maneira, que dentro dos ditos cinco annos, hajão disso despacho; ou se mostre como as taes dividas reqxererão na dita nossa Fazenda, e houverão dos ditos nossos Vedores, Certidão nas costas de seus despachos, como se lhes não puderão pagar, porque do dia que tal certidão fôr posta, terão lugar para outros cinco annos puderem requerer, e haverem seus pagamentos, assim de cinco em cinco annos, quando fossem taes as dividas, que por alguns respeitos se não pudessem pagar no dito tempo; e quem assim o não fizer, queremos que d'ahi em diante assim mesmo não seja mais ouvido, nem conhecido de tal divida; por que por bôa ordenação, e Regimento de nossa Fazenda; e por evitarem duvidas, havemos por bem que se faça assim; salvo quando a parte mostrar tal causa, por onde se mostre no dito tempo não poder per si, nem por outrem, requerer, nem haver certidão acima conteúda.»

(1) *Meio soldo.*

A doutrina deste artigo he mantida nos Avs. n. 57 — de 19 de Fevereiro de 1853, e n. 90 — de 21 do mesmo mez de 1865.

(2) *E liquidação de suas dividas.*

A L. n. 628—de 17 de Setembro de 1851 dispõe o seguinte no art. 24:

« Art. 24. A divida passiva anterior ao anno de 1827 já inscripta no Grande Livro da Divida Publica, em virtude das disposições da Lei de 15 de Novembro do dito anno, e ainda não convertida em Apolices, e bem assim a divida proveniente da mesma origem, inscripta nos Livros auxiliares das Provincias, que ainda o não foi no Grande Livro por depender de liquidação do Thesouro, não está prescripta; e será paga pela fórma determinada na referida Lei toda a que fôr reconhecida legal pelo mesmo Thesouro. »

As Instrucções da Directoria Geral do Contencioso de 10 de Abril de 1851 no art. 8 e §§ exprime-se nestes termos:

« Art. 8.º Se as acções intentadas contra a Fazenda Nacional tiverem por fim demandar o pagamento de alguma divida passiva da mesma Fazenda; ou a indemnisação de algum prejuizo, os Procuradores do Juizo dos Feitos da Fazenda na sua defesa farão o conveniente uso das seguintes advertencias:

« 1.ª Que as dividas contrahidas pelo Governo até o fim do anno de 1826, que devião ser inscriptas, na conformidade da Lei de 15 de Novembro de 1827, ficarão prescriptas no fim do anno de 1842 pelo art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841.

« 2.ª Que a divida passiva Nacional posterior ao anno de 1826 ficou sujeita desde o 1º de Janeiro de 1843 em diante, á disposição do cap. 209 do Regimento da Fazenda.

« 3.ª Que as dividas provenientes de perdas do particulares por motivo de guerra interna, ou externa, não podem ser pagas sem authorisação da Assembléa Geral Legislativa, Lei de 24 de Outubro de 1832 art. 31.

« 4.ª Que as indemnisações devem ser reclamadas perante o Conselho de Estado, competente para dellas conhecer. Lei de 23 de Novembro de 1841.»

(3) *Estiverem lançados na folha.*

O D. n. 2.897 — de 26 de Fevereiro de 1862 diz no art. 3 que *as dividas de exercicios findos* serão pagas pelas Thesourarias de Fazenda, sem dependencia de nova ordem do respectivo Ministerio, quer provenhão de vencimentos *lançados em folhas*, quer de contas de fornecimentos, ou de outros titulos não pagos aos credores ate o encerramento do exercicio, uma vez que a despeza, quando corrente, fosse autorisada pelo dito Ministerio. »

E no art. 4 diz:

« A faculdade concedida no artigo antecedente se estenderá a *dous annos* para as dividas que tiverem a natureza de vencimentos *lançados em folhas*, e a

rerem que effectivamente se lhes pague o que lhes fôr devido dentro dos 5 annos, perderão o direito a esse pagamento (1) em virtude da prescripção a favor da Fazenda Nacional.

Art. 5.° Quando o pagamento que se houver de fazer aos credores fôr dividido por prazo de mezes, trimestres, semestres ou annos, e se der a negligencia da parte dos mesmos credores (2), a prescripção se irá verificando a respeito daquelle ou daquelles pagamentos parciaes, que se forem comprehendendo no lapso dos 5 annos; de sorte que por se ter perdido o direito a hum pagamento mensal, trimestral, semestral, ou annual, não se perde o direito aos seguintes a respeito dos quaes ainda não tiver corrido o tempo da prescripção.

Art. 6.° Os 5 annos para a prescripção começão a correr (3), para as dividas reconhecidas ou não até o ultimo de Dezembro de 1842, do dia 1.° de Janeiro de 1843; e para as dividas posteriores, da data da publicação dos despachos (4) ou ordens definitivas para o pagamento.

Art. 7.° Os 5 annos não correm para a prescripção (5):

1.° Contra aquelles que dentro delles, não puderem requerer nem por si nem por outrem: taes são os menores, os desassisados, e quaesquer outros que, privados da administração de suas pessoas e bens (1), estão sujeitos á tutela ou curadoria.

2.° Quando a demora fôr occasionada por facto do Thesouro, Thesourarias ou Repartições, a que pertença fazer a liquidação, e reconhecimento das dividas e effectuar o pagamento.

Art. 8.° A prescripção dos 5 annos he extensiva ás letras do Thesouro em virtude da disposição da Lei de 30 de Novembro de 1841, e do art. 443 do Codigo Commercial (2), começando a correr os 5 annos da data do vencimento.

Prescripção de 40 annos.

Art. 9.° A prescripção de 40 annos posta em vigor pelo citado art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, com referencia ao capitulo 210 do *Regimento da Fazenda* (3), a respeito da divida activa da Nação, opera a completa desoneração dos devedores da Fazenda Nacional do pagamento das dividas, que incorrem na mesma prescripção, de maneira que, passados os 40 annos, não póde haver contra elles penhora, execução, ou outro qualquer constrangimento.

---

um anno sómente para as que procederem de contas de fornecimentos ou de outro qualquer titulo.

« Ambos estes *prazos* serão contados do dia em que terminar o semestre addicional do exercicio a que pertencerem as dividas. »

O Av. n. 406 — de 10 de Dezembro de 1864 declarou, que os pagamentos das *dividas de exercicios findos* se realizem á vista da procuração dos credores, salvo constando por via que *pareça certa* o fallecimento destes.

(1) *Perderão o direito á esse pagamento.*

O Av. n. 78 — de 22 de Março de 1864 marcando o processo que se deverá seguir a respeito das dividas requeridas fóra dos prazos estabelecidos no D. n. 2.897 — de 26 de Fevereiro de 1862, declarou, que os requerimentos dos credores, embora desacompanhados de documentos comprobatorios das dividas, *interrompem* o curso da prescripção de cinco annos, e se devem reunir aos processos de liquidação, para reconhecer-se provado o direito dos credores, sem o quê não poderão ser attendidos.

O Av. n. 427 — de 19 de Dezembro de 1864 declarou, que o praso para a prescripção das dividas, de que são credores as praças de pret do Exercito e Armada, deve ser contado do dia em que ellas são escusas do serviço, porque só de então para diante deixão de estar comprehendidas no § 1° do art. 7° do Dec. n. 857 — de 12 de Novembro de 1857.

(2) *Negligencia da parte dos mesmos credores.*

Vide nota (1) ao art. 4° *supra.*

O Av. n. 90 — de 21 de Fevereiro de 1865 declarou, que em face do Av. n. 57 — de 15 de Fevereiro de 1853 se achava prescripto o direito de uma filha de Militar ao meio soldo de seu pai, por só se ter habilitado e requerido o competente assentamento, quando já havião decorrido mais de doze annos depois do fallecimento de sua mãi, que percebia aquelle vencimento.

(3) *Começão a correr.*

Vide *supra* nota (1) ao art. 4.

(4) *Data da publicação dos despachos.*

A L. n. 369 — de 18 de Setembro de 1845 no art. 51 declarou, que a divida proveniente de fornecimentos militares prescreve dentro do prazo de um anno da data do contracto ou transacção.

(5) *Não correm para a prescripção.*

O Av. n. 63 — de 11 de Março de 1864 declarou, que as arrematações de qualquer propriedade não extinguem as dividas fiscaes, a que esteja sujeita.

O Av. n. 338 — de 30 de Agosto de 1866 declarou, que a prescripção de cinco annos não he applicavel ás dividas de que a Fazenda Provincial he credora, além de outras considerações, porque ella gosa dos privilegios de Fazenda Geral.

A L. n. 638 — de 17 de Setembro de 1851, no art. 32 dispõe o seguinte:

« Os dinheiros de Ausentes, cujo pagamento não fôr reclamado dentro de *trinta annos*, contados do dia em que houverem entrado nos cofres do Thesouro e Thesourarias, prescreverão em beneficio do Estado, salvo se por qualquer dos meios em Direito admittidos tiver sido interrompida a prescripção.

« Quanto aos dinheiros desta origem ora existentes nos referidos cofres, de cuja entrada já houver decorrido o prazo de trinta annos, ficão marcados mais trez contados do 1 de Janeiro de 1852, por que dentro delles possão os interessados reclamar o seu pagamento, devendo o Governo dar toda a publicidade a esta disposição para conhecimento dos mesmos. »

(1) *Privados da administração de suas pessoas e bens.*

O Av. n. 210 — de 5 de Junho de 1856 mantem a doutrina deste paragrapho quanto a um desassisado.

(2) *Codigo Commercial.*

O art. 443 dispõe o seguinte:

« As acções provenientes de letras *prescrevem* no fim de cinco annos, a contar da data do protesto, e na falta deste da data do seu vencimento, nos termos do art. 381. »

(3) Eis o que dispõe este Capitulo.

Do tempo que se podem demandar as dividas de El-Rey.

« Mandamos, que por nossas dividas se não faça penhora nem execução, nem outro algum constrangimento depois de serem passados quarenta annos, salvo se por nossa parte, e em nosso nome fôr allegado; e provado que foi feita interrupção, e que forão estas dividas pedidas, ou os devedores penhorados, ou houverem de nós espaço, ou por outra semelhante maneira: e do tempo da interrupção não forem ainda passados os quarenta annos. »

Art. 10. Os 40 annos para a prescripção da divida activa começão a correr, para as dividas contrahidas até o ultimo de Dezembro de 1842, do dia 1º de Janeiro de 1843, e para as posteriores, desde o ultimo dia do prazo estabelecido para o pagamento por Lei, Regulamento, ou contracto, huma vez que passem continuada e seguidamente sem interrupção.

Art. 11. O curso dos 40 annos interrompe-se, impedindo a prescripção :

1.º Pela citação(1), penhora, ou sequestro feito aos devedores para se haver o pagamento.

2.º Por qualquer outro procedimento judicial ou administrativo(2) havido contra elles para o mesmo fim.

3.º Pela concessão de espaço aos devedores, admittindo-os pagar por prestações.

Art. 12. Aquelles que quizerem segurar o seu direito obstando a que corra para a prescripção o tempo consumido por demora e embaraços das Repartições poderão requerer(3), e se lhes dará hum certificado da apresentação do requerimento e documentos com especificada declaração do dia, mez e anno.

Joaquim José Rodrigues Torres, do Meu Conselho, Senador do Imperio, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Fazenda, e Presidente do Tribunal do Thesouro Nacional, assim o tenha entendido, e faça executar.

Palacio do Rio de Janeiro em doze de Novembro de mil oitocentos cincoenta e hum, trigesimo da Independencia e do Imperio.—*Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador.* — Joaquim José Rodrigues Torres.

DECRETO n. 463—DE 2 DE SETEMBRO DE 1847 (1).

Declara que aos filhos naturaes dos Nobres(2) ficão extensivos os mesmos direitos hereditarios, que, pela Ordenação livro quarto, titulo noventa e dous, competem aos filhos naturaes dos plebeos.

Hei por bem sanccionar, e mandar que se

---

(1) *Citação.*

Perdigão Malheiro no *Manual do Procurador dos Feitos*, nota 510, propõe e resolve a seguinte questão:

« Quando se possa allega-la (*a prescripção*) em Juizo, he indispensavel que isto se faça *antes* de contestar a acção, ou póde sê-lo *a todo o tempo?*

« A Relação da Côrte por Accordão de 22 de Junho de 1857, na causa de João Piombino cessionario dos herdeiros do Conde da Barca, decidio que *antes* de contrariár, por ser esta a fórma geral de Direito a observar.

« Mas, comquanto seja esta a regra geral da Ord. do liv. 3 t. 20 § 15 e t. 50, todavia he de notar que mesmo a respeito dos particulares ella soffre não poucas limitações, nas quaes a materia que fundamenta as excepções peremptorias (*qual a da prescripção*), e até as dilatorias, podem ser allegadas a todo o tempo (Ord do liv. 3 t. 49, t. 50, t. 75 e t. 87, Silva — *com.* a Ord. do liv. 3 t. 49 e 50, e Lobão — *Seg. Lin.* nota 310) : muito principalmente se ella nunca foi allegada ou desprezada definitivamente (caso em que debaixo de juramento do seu cargo o Procurador da Fazenda a poderá allegar (*ex* Ord. cit.), ou se fôr implorado o *beneficio da instituição* (*ex* Ord. liv. 3 t. 41) ; principios estes que com a mesma ou maior força de razão devem ser applicados em bem do Estado. »

(2) *Procedimento judicial ou administrativo.*

Quando a autoridade judicial he competente para conhecer da questão, interrompe-se a prescripção por via de citação ou pleito judicial, entrando nestes meios a propositura da habilitação de herdeiros (Avs. *add.* — de 27 de Dezembro de 1855, n. 198 — de 29 de Maio, n. 210 — de 5 de Junho de 1856, e n. 119 e 120 — de 31 de Março de 1857).

Mas quando a autoridade he administrativa só se póde interromper por via administrativa (Avs. *supra* citados).

Neste caso os simples requerimentos, sem documentos, comprobatorios interrompem a prescripção. (Av. n. 78—de 22 de Março de 1864).

Não interrompem a prescripção o requerimento em que se pede certidão da liquidação (Av. n. 237—de 3 de Julho de 1856).

No mesmo caso estão *as justificações* que devem promover as viuvas e mais pessoas para o pagamento do meio soldo (Avs. n. 119 e 120 — de 31 de Março de 1857).

(3) *Poderão requerer.*

Vide Av. n. 78 — de 22 de Março de 1864 na nota (2) ao art. 11 § 2.

(1) Vide Ord. deste liv. to. 92 rub. e nota (5) a pag. 939.

Esta Lei foi commentada pelo distincto Jurisconsulto Dr. Agostinho Marques Perdigão Malheiro no opusculo que publicou em 1857 intitulado *Commentario á Lei n. 463 — de 2 de Setembro de 1847 sobre successão dos filhos naturaes e sua filiação.*

Além deste trabalho existem as notas de T. de Freitas na *Consol.* aos arts. 212. 215, 216, 217, 961, 962, 963, 964, 1007, 1015, e 1131, com as *Obs.* de Rebouças.

(2) *Filhos naturaes dos Nobres.*

Se esta Lei estabeleceu *direito novo*, e não foi simplesmente *declaratoria* da Ord. do liv. 4 tit. 92 foi questão por algum tempo controversa, e hoje extinctá depois do que lucidamente expôz Perdigão Malheiro no seu *com.* cap. 2 sob a rubrica — *Direito anterior, e observações preliminares.*

Eis suas palavras :

« A Lei de 2 de Setembro de 1847 no art. 1 constituio *direito novo*, e não foi simplesmente *declarativa* da Ord. liv. 4 t. 92, quanto aos filhos naturaes dos Nobres.

« Por aquella Ord. pr. e § 1, erão estes incapazes de succeder *ab intestato*. Apenas podião herdar quando legitimados pelo Rey, ou pelo Dezembargo do Paço, com dispensa na Lei para esse fim, e *salvos sempre* os direitos dos herdeiros legitimos, ainda collateraes (Reg. novo do Dezembargo do Paço § 118, Ord. do liv. 1 t. 3 § 1, liv. 2 t. 35 § 12, t. 45 § 40 e liv. 3 t. 85 § 2, Mello Freire.—*Dir. Civ.* liv. 2 t. 5 § 19, e liv. 3 t. 8 § 14 e Lobão—*Notas á Mello* lug. cit.)

« E mesmo *por testamento* : se havião filhos ou descendentes legitimos, *nem na terça* podião ser instituidos ; só o podião ser nella, se apenas havião herdeiros ascendentes do pai ; e *em toda* a herança, se nem descendentes ou ascendentes havião (Ord. cit. § 3).

« Os filhos naturaes dos plebêos, porém succedião a seus pais, conjunctamente mesmo com os legitimos, como se forão taes ; direito que não perdião, ainda que, depois de concebidos ou nascidos, os pais se tornassem cavalleiros ou nobres (Ord. cit. pr. e § 1 e 2).

« A Lei, no artigo citado, fazendo extensivos aos filhos naturaes dos *nobres* os mesmos direitos hereditarios dos plebeus, deu-lhes um direito que até aqui não tinhão, estabeleceu legislação nova *derogatoria* da anterior neste ponto por insubsistente e expressamente revogada.

« O argumento deduzido do nosso pacto fundamental, para se qualificar de meramente declaratorio da Ord. aquelle art. 1 da Lei *não he procedente* ;

execute a Resolução seguinte da Assembléa Geral Legislativa.

Art. 1.º Aos filhos naturaes dos Nobres ficão extensivos os mesmos direitos hereditarios(1), que, pela Ordenação livro quarto, titulo noventa e dous, competem aos filhos naturaes dos plebeos(2).

Art. 2.º O reconhecimento do pai(1), feito por escriptura publica(2), antes do casamento(3), he indispensavel para que qualquer filho natural possa ter parte na herança paterna, concorrendo elle com filhos legitimos do mesmo pai(4).

---

porque estabelecendo a Constituição apenas as bases da nova organisação politica, e da nova legislação, não derogou as Leis regulamentares que existião; nem podia derogar, visto que só por outras Leis isto póde ter lugar (Coelho da Rocha — *Dir. Civ.* § 339 nota).

« E tanto assim, que, apezar da Constituição e de opiniões em contrario, sempre foi observada, e respeitada como vigente aquella anterior Legislação; e que foi necessario, que o Legislador no art. 1 de Lei em questão, expressamente estatuisse o que della consta, e a revogasse nessa parte.

« Quanto á *prova* da filiação natural paterna para *o fim da successão*, tambem a Lei creou *direito novo* com as disposições dos arts. 2 e 3; por quanto, anteriormente os successiveis, podião recorrer a todo o genero de provas, ainda testemunhal e conjectural (Mello—*Dir. Civ.* liv. 2 t. 6 § 22, e Corrêa Telles —*Dout. das Acç.* nota 67 e 68).

« E de tal modo innovou, que sem essa prova ou habilitação, a successão se não pode julgar; no que não ha que notar, por que ella he de Direito Civil (Mello — *Dir. Civ.* liv. 3. t. 8 § 2 e Doutores, Alv. de 9 de Setembro de 1769 pr.), e a Lei pode concedê-la, nega-la, restringi-la, impor-lhe condições, como parecer de conveniencia publica.

« Estas observações, e o que consta da exposição da Lei, seus motivos e historia no cap. antecedente darão a chave para a solução das questões de seria gravidade em que vamos entrar. »

(1) Os *mesmos direitos hereditarios*.

Perdigão Malheiro no *com.* á esta Lei qu. 1, sustenta que ella foi feita tão somente para garantir os *direitos hereditarios*, e para este fim alterou a prova da filiação natural, para a successão paterna reduzindo aos termos dos arts. 2 e 3, e portanto dependente da vontade do pai para esse fim.

Mas, accrescenta, não innovou a legislação anterior quanto a prova de filiação para outros effeitos; entre os quaes *os alimentos, e o estado*.

« Nesta acção, pois, *são admissiveis* todas as provas, *mesmo conjecturaes*, e nem se exige tanto rigor, como para a successão (Corrêa Telles—*Dout. das Acç.* nota 68), até por que, sendo os alimentos de obrigação natural, e não se dando a seu respeito os mesmos perigos que cerca a successão, nenhuma razão havia para se restringir a prova da filiação. »

T. de Freitas na *Consol.* art. 212 nota (2) combate esta jurisprudencia nas seguintes palavras:

« Eu tambem resolvo pela negativa essa questão (se a sentença no caso de filiação para alimentos ou estado aproveita como prova para a successão) não por que na acção de alimentos sejão admissiveis *todas* as provas, mesmo conjecturaes; não por que a sentença nella proferidá possa fundar-se em outras provas, que não as unicas declaradas na Lei de 1847; mas por que o art. 3 dessa Lei *expressamente* veda outras provas. »

(2) *Filhos naturaes dos plebeos.*

Neste numero tambem entravão os filhos de escrava propria, ou alheia, como se vê das palavras da Ord. liv. 4 t. 92 pr. *in fine.*

« E isto mesmo haverá lugar no filho, que o homem solteiro peão houver de alguma escrava *sua*, ou *alheia*, se por morte de seu pai *ficar forro.* »

Nós entendemos com Perdigão Malheiro que a presente Lei nada deliberou quanto á estes filhos que tinhão em seu favor um privilegio especial, a despeito do que do art. sustenta T. de Freitas na nota (2) *in fine* 212 da *Consol.*

O Dr. J. B. Cortines Laxe em um art. publicado na *Revista Juridica* de 1866 a pag. 136 defende, ao contrario do *Repertorio das Ords.* a doutrina de que para o filho de escrava ainda propria, poder herdar, he indispensavel que tenha sido libertado previamente.

Vide *supra* nota (1) á mesma Ord. a pag. 942, e Liz Teixeira—*Dir. Civ.* pag. 2 t. 8 § 12 pag. 497.

(1) *O reconhecimento do pai.*

Portanto este Decreto não trata do reconhecimento *materno*, para o qual basta a certidão de baptismo, o que se acha resolvido pelos Avs. n. 29 — de 23 de Fevereiro de 1848, e n. 279—de 17 de Dezembro de 1853, o qual mui positivamente declara que este Decreto he *especial* ao reconhecimento paterno.

T. de Freitas na *Consol.* art. 963 nota (1), diz o seguinte:

« Como a Lei de 2 de Setembro de 1847 só trata da filiação paterna (nota ao art. 213) he forçoso conceder que pelo nosso actual Direito os filhos naturaes, tenhão ou não sido reconhecidos por sua mãi succedem a esta, ou sós, ou concorrendo com filhos legitimos, ou nascessem antes do casamento de sua mãi, ou ao tempo de sua viuvez. He uma concessão que repugna. »

Esta doutrina tambem sustenta Perdigão Malheiro — no *com.* qu. 13 e 15 a pag. 45 e 48.

A filiação natural materna de pessoas não catholicas prova-se por certidões extrahidas do registro dos nascimentos de taes pessoas. Vide *supra* o Dec. n. 3069 — de 17 de Abril de 1863 nos arts. 31 e 45 n. 5.

(2) *Feito por escriptura publica.*

Portanto o reconhecimento *paterno* não póde ser feito indirectamente, convindo que o pai manifeste positivamente sua vontade sobre determinada pessoa, ainda que não declare que o reconhecido lhe possa succeder *ab intestato.*

Perdigão Malheiro sustentando na qu. 11 esta doutrina, quando trata do reconhecimento por escriptura, he mais indulgente quando trata do que he feito por testamento regulando-se pelo Direito Francez.

Este reconhecimento póde ser contestado pelos herdeiros do pai, e outros interessados sendo prejudicados.

Vide Perdigão Malheiro — no *com.* qu. 12.

Cumpre ainda notar que os filhos naturaes reconhecidos por escriptura, para haverem sua herança dependem de habilitação, como declarou o Av. n. 180 — de 13 de Julho de 1849.

Vide sobre êsta materia T. de Freitas — *Consol.* art. 964 nota (1).

Nestes casos o reconhecimento feito por testamento não aproveita.

(3) *Antes do casamento.*

O reconhecimento do pai póde ser feito em todo o tempo, mas o direito á herança paterna concorrendo o reconhecido com os legitimos só he permettido na fórma deste artigo, isto he, feito o reconhecimento *antes do casamento.*

Mas se o pai casara-se antes deste Decreto, e reconhecera depois, parece que neste caso não devêra a Lei prejudicar ao reconhecimento posterior, que não podia ser previsto com a antiga Legislação.

Com esta doutrina estão de accordo Perdigão Malheiro no *com.* qu. 20 e T. de Freitas na *Consol.* art. 962 nota (1) á pag. 455.

O filho natural havido durante a viuvez não póde concorrer na herança com os filhos legitimos preexistentes, não obstante o que diz Perdigão Malheiro no *com.* qu. 19. A opinião opposta sustentada por T. de Freitas na nota (1) ao art. 962 e pag. 484 parece ser mais solida.

(4) *Filhos legitimos do mesmo pai.*

O filho natural legitimado por subsequente matrimonio, nos casos permitttidos em Direito, concorre na herança paterna com o legitimo; mas nem todos, os legitimados por aquella fórma podem excluir os naturaes reconhecidos posteriormente, porquanto nem sempre se reputão *perfeitamente* legitimos.

Vide o que sobre esta materia dizem T. de Freitas na *Consol.* art. 962 nota (1) pag. 454 e Perdigão Malheiro — no *com.* qu. 22.

Art. 3.° A prova de filiação natural(1), nos outros casos(2), só se poderá fazer(3) por hum dos seguintes meios; escriptura publica (1) ou testamento (2).

---

(1) *A prova de filiação natural.*

As que reconhece este Dec. são a *escriptura publica e o testamento.*

Assim tudo o que não importar áquella prova, seja qual fôr o caracter com que se apresente não se póde admittir em favor da filiação natural.

Nesta parte até o proprio *assento de baptismo,* parece ficar excluido não obstante o que diz Perdigão Malheiro no *com.* qu. 2, que aliás tem em seu abono o art. 45 n. 5 do Dec. n. 3069—de 17 de Abril de 1868 que permitte o reconhecimento dos filhos naturaes dos acatholicos, feito pelo pai no registro dos nascimentos a cargo dos Escrivães do Juiz de Paz.

As razões de T. de Freitas na *Consol.* art. 212 nota (2) pag. 128 parecem ser mais juridicas.

(2) *Nos outros casos.*

Tratando o Legislador no art. 2 do reconhecimento anterior ou *antes do casamento,* parece que referindo-se ao *posterior* não devêra usar da expressão *outros casos,* se não quizesse comprehender os casos de prova de filiação não para herdar, mas simplesmente para obter alimentos, ou firmar o estado.

Dessas palavras — *outros casos,* deduz T. de Freitas o argumento de que a prova de reconhecimento paterno só se póde fazer, depois da promulgação do Dec. de 1847, seja qual fôr o destino, pelos meios marcados nos arts. 2 e 3, nenhuma distincção podendo-se estabelecer como faz Perdigão Malheiro no *com.* qu. 1.

Eis como se exprime na *Consol.* art. 212 nota (2) á pag. 127:

« Declarando o art. 3 da citada Lei que a prova da filiação natural (note-se bem) — nos *outros casos,* só póde ser feita por escriptura publica ou testamento, he de evidencia que refere-se á mais de um caso, e por tanto comprehende alguma cousa mais do que o caso opposto ao exceptuado no art. 2.

« Por outra esse art. 3 não diz simplesmente que a filiação natural só póde ser provada por escriptura publica ou testamento, quando não concorrerem á herança paterna filhos legitimos do mesmo pai; o que diz he que — *em todos os outros casos,* a filiação natural deve ser provada por um dos mencionados meios.»

E mais abaixo diz:

« Coherentemente, no caso acima indicado no *Rep. das Ords.* to. 2 pag. 473, relativo ás palavras da Ord. do liv. 4 t. 92 pr., bem se vê que nem a favor da liberdade reputo *admissiveis* outras provas que não sejão as do art. 5 da mencionada Lei.

« Este effeito especial, e outro da prestação de alimentos, do mesmo modo que o da successão, vem todos da mesma causa; e se a Lei tem designado limitativamente as condições em que admitte essa causa productora de direitos, he claro que não se dando taes condições nenhum direito póde produzir. Quando póde ter *um* dos seus effeitos, póde tê-los *todos*; e se não póde ter um delles, não póde ter nenhum.

« Qual o motivo da revogação das leis anteriores que permittião provar por outros meios a filiação paterna illegitima? Porque tal prova era impossivel, porque a bem da moralidade publica convinha evitar os perigos e escandalos das acções de filiação. Preponderão estas razões, qualquer que seja o pedido ou effeito dependentes da prova da paternidade illegitima. »

E em outro lugar da mesma nota:

« O art. 3 da Lei de 1847 não exige escriptura publica *ad probationem tantum,* exige-a como fórma essencial do acto juridico do reconhecimento paterno.

« Ninguem illuda-se com a redacção que só falla *em prova,* defeito semelhante ao do art. 265 do Cod. do Com.

« O que a Lei quiz dizer, como quiz dizer nesse art. 265 do Cod. do Com., he que o acto não póde ser feito *senão* por escriptura publica; e nestas circumstancias he de principio que a confissão pessoal não suppre a falta de escriptura publica (Ord. do liv. 4 t. 19 § 1 e Reg. n. 737—art. 159).

(3) *Só se poderá fazer.*

Esta formula equivale á—*não se poderá fazer,* de modo que importa a exclusão de qualquer outro meio analogo ou equipollente na prova de reconhecimento de filiação entre nós.

(1) *Escriptura publica.*

O reconhecimento feito por este meio he *irrevogavel,* ainda mesmo que o reconhecido não tenha aceitado (P. Malheiro—*Com.* qu. 9, e T. de Freitas—*Consol.* art. 212 nota (2) á pag. 130).

A escriptura nulla, ou que vier a ser annullada reduz á nenhum effeito o reconhecimento.

(2) *Ou testamento.*

Não estabelecendo a lei differença alguma nos testamentos he claro, que tambem comprehende o *nuncupativo,* assim como o *codicillo,* que tambem se chama *pequeno* testamento.

Assim pensão, e com fundamento, P. Malheiro—*Com.* qu. 8, e T. de Freitas—*Consol.* art. 212 nota (2) á pag. 130, e art. 1007 nota (1) *in fine* a pag. 483.

Pode o pai revogar seu reconhecimento já feito em testamento?

P. Malheiro no *com.* qu. 9 sustenta a negativa apoiado em Merlin—*Repert.* no art. *Testamentos* secç. 2 § 6 n. 3, e funda-se na seguinte razão de que he o estado e a successão de Direito Civil, e não de méra liberalidade e accordo dos particulares; não podendo nisto haver arbitrio da parte dos pais, tanto mais quanto a revogação importaria uma desherdação, que não se dá sem motivo legitimo.

Mas esta doutrina he virilmente combatida por T. de Freitas citando o mesmo Merlin no *Repert.* art. *Filiação* nestes termos:

« Se o Testador revogar o testamento em que reconheceu um filho natural, he valido o reconhecimento?

« Parece-nos fóra de toda a duvida que a revogação do testamento faz cahir o reconhecimento. »

« Meu testamento (Demolombe—*Paternidade* n. 455) he meu pensamento intimo, meu pensamento escripto he verdade, mas para ficar secreto, e pertencer-me sempre, e á mim só.

Tudo o que nelle escrevo tem este caracter, nada está acabado, nada he adquirido por ninguem; o testamento he um projecto.

« Não objecteis que o reconhecimento de um filho he irrevogavel desde que he feito: mas eu nego que o esteja, eu nego que a vontade de reconhecer exista como deve existir, definitiva, assentada.

« Permittireis vós á terceiros, vivo o Testador, que apresentem seu testamento como um titulo contra elle? Com o testamento em punho poderia o filho reconhecido demandar em Juizo alimentos? Fôra esta a consequencia necessaria, e quem não recuaria ante os perigos de uma theoria que permittisse levar á Juizo o testamento de um homem vivo?

« O nosso Direito resiste expressamente á tão desastrosa consequencia, como se póde ver na Ord. liv. 4 tit. 37 § 4, e *Consol.* art. 640 e nota.»

Qual o effeito dos testamentos *nullo, roto e irrito,* quanto ao filho natural nelles reconhecido?

Pelo que respeita ao testamento *nullo,* vindo a nullidade da forma, ou sendo *visceral,* como falta de liberdade, ou incapacidade do Testador, fica de nenhum effeito o reconhecimento.

P. Malheiro no *com.* qu. 10, e T. de Freitas na *Consol.* art. 212 nota (2) a pag. 132, tratão desta questão divergindo em alguns pontos.

Parece-nos mais fundada a opinião de T. de Freitas quando sustenta que o reconhecimento feito pelo impubere em testamento he de nenhum effeito.

No testamento *roto* em razão da *agnação do posthumo,* se o filho não foi reconhecido antes do casamento por escriptura, fica sujeito no caso do art. 2, por quanto neste caso não lhe pode aproveitar o reconhecimento por testamento; como bem demonstra T. de Freitas na *Consol.* art. 212 nota (2) a pag. 132 e 133, e art. contra o 1015 nota (1) á pag. 487, que sustenta P. Malheiro no *com.* qu. 10 a pag. 40 e 41.

O testamento *irrito* equivale ao testamento *nullo,* e seus effeitos são em resultado final parallelos.

T. de Freitas acha a questão ociosa, ou escusada, por que não temos mais *servidão* de pena.

Contestando a P. Malheiro no *com.* qu. 10 a pag. 41 diz o seguinte:

« Quanto ao testamento *irrito* só acho possivel a questão suscitada no caso de ter sido feito o teste-

Art. 4.º Ficão revogadas quaesquer disposições em contrario.

Nicolau Pereira de Campos Vergueiro, do Meu Conselho, Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios da Justiça, o tenha assim entendido, e faça executar.

Palacio do Rio de Janeiro em dous de Setembro de mil oitocentos quarenta e sete, vigesimo sexto da Independencia e do Imperio.

Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador.—*Nicolau Pereira de Campos Vergueiro.*

---

mento por pessoa liberta, e de revogar-se a alforria por fraude em prejuizo dos credores do libertante. Neste caso o reconhecimento do filho natural certamente ficaria sem effeito. »

Vide T. de Freitas—*Consol.* art. 1131 nota (2) á pag. 525.

Entretanto, posto que a Ord. do liv. 4 t. 81 § 6 não esteja clara e positivamente revogada, pareco-nos que neste caso o reconhecimento do filho em testamento (não havendo outro defeito) seria valido, por quanto o fim da Ord. do liv. 4 t. 81 § 6 he inhabilitar o Testador de dispôr dos seus bens, e não impedil-o do reconhecimento de um direito, feito aliás em tempo em que não era cóndemnado.

Pode o filho natural reconhecido querelar do testamento do pai?

Póde, diz P. Malheiro no *com.* qu. 18, como podia pela Legislação anterior á nova Lei (B. Carneiro—*Dir Civ.* liv. 1 t. 22 § 196 n. 2).

Mas se sómente fôr nesse testamento reconhecido, por certo que não pode fazê-lo, por não ter meio legal de legitimar sua pessoa em Juizo.